

Frank-Jürgen Müßigbrodt

**DIE HAFTUNGSBEFREIENDE AUFRECHNUNG
DES KOMMANDITISTEN**

1980

1981





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555428_0005

DIE HAFTUNGSBEFREIENDE AUFRECHNUNG
DES KOMMANDITISTEN

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Frank-Jürgen Müßigbrodt
aus Moers

1980



Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Kollhosser
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Reinicke
Dekan:	Prof. Dr. Hoppe
Tag der mündlichen Prüfung:	01.12.1980

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
Abkürzungsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	VIII

GLIEDERUNG

Einleitung und Problemstellung	1
--------------------------------	---

Teil I

<u>Die Aufrechnung als Instrument der Haftungs-</u> <u>befreiung des Kommanditisten</u>	7
--	---

§ 1	Der grundsätzliche Zusammenhang zwischen Einlage und Haftung des Kommanditisten	7
I.	Hafteinlage- Pflichteinlage	7
II.	Die grundsätzlichen Möglichkeiten der Haftungsbefreiung	9
III.	Allgemeine Beschränkungen der haftungs- befreienden Wirkung Einlageleistung	11
	1. Vertragstheorie - Verrechnungstheorie	11
	2. Modifizierte Verrechnungstheorie	16
	3. Einlagenbewertung	18
IV.	Einlagenrückgewähr	19
V.	Haftung des Kommanditisten im Konkurs der Gesellschaft	22
§ 2	Die Haftungsbefreiung durch Aufrechnung mit Forderungen des Kommanditisten	25
I.	Abgrenzung	25
II.	Die Aufrechnung als taugliches Mittel haftungsbefreiender Einlageleistung	26
III.	Das Problem der Gegenseitigkeit der Forderungen	27

Teil II

<u>Forderungsbewertung und Haftungsverfassung</u> <u>der Kommanditgesellschaft</u>	32
§ 1 Das Problem der Forderungsbewertung bei Einlageleistung durch Aufrechnung	32
I. Nennwertaufrechnung oder Verkehrswertauf- rechnung als mögliche Prinzipien	32
II. Meinungsstand	34
1. Die Rechtsprechung des RG und des BGH	34
2. Der Standpunkt der herrschenden Lehre	40
3. Das Prinzip der objektiven Vermögens- deckung	42
4. Das Konzept K. Schmidts	44
III. Kritische Stellungnahme	48
1. Kritik an der herrschenden Meinung	48
2. Kritik am neueren Schrifttum	49
3. Kritik an der fallweisen Begrenzung der Nennwertaufrechnung des BGH	51
4. Fazit	56
IV. Eigener Lösungsansatz	57
§ 2 Die Haftungsverfassung der Kommandit- gesellschaft	59
I. Struktur und Entstehungsgeschichte	59
II. Die Geltung von Kapitalgarantiegrund- sätzen im Recht der KG?	61
1. Die Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung im Recht der Kapitalgesellschaften	64
a) GmbH	64
b) AG	67
2. Die Ablehnung eines Kapitalgarantie- gedankens im Recht der KG	69
a) Grundsätzliche Wertung	69
b) KG-spezifische Kapitalaufbringung?	72

III. Der gesetzliche Gläubigerschutz durch Kommanditistenhaftung	73
1. Die Bedeutung der Handelsregistereintragung für die Haftung des Kommanditisten	74
2. Die Funktion der Handelsregistereintragung als Garantieerklärung des Kommanditisten	76
3. Garantieerklärung und objektive Vermögensdeckung	78

Teil III

<u>Bewertungsprinzipien bei Einlageleistung durch Aufrechnung</u>	80
---	----

§ 1 Forderungsbewertung bei der "reinen" Kommanditgesellschaft	80
I. Der Standort der Einlageleistung durch Aufrechnung im Haftungssystem der KG	80
II. Das grundsätzliche Verhältnis der §§ 387 ff. BGB zur Einlageleistung durch Aufrechnung	81
1. Nennwertaufrechnung als Ausgangspunkt	81
2. Aufrechnungslage - Aufrechnungserklärung	84
III. Allgemeine Einschränkungen der Nennwertaufrechnung	86
1. Grundsätzliche Erwägungen	86
2. Das Surrogationsprinzip	88
3. Das Prinzip der originären Forderungsentstehung	89
IV. Der Geltungsbereich des Nennwertprinzips	91
1. Forderungsaufrechnung bei rechtlicher Identität der Kommanditgesellschaft	92
a) Begriff	92
b) Aufrechnung mit einer nach Beitritt entstandenen Forderung	92

c) Aufrechnung mit einer vor Beitritt entstandenen Forderung	96
d) Ausschluß des Nennwertprinzips bei Wertverlust zwischen Beitritt und Aufrechnung?	102
e) Ausschluß des Nennwertprinzips bei Aufrechnung mit Altforderungen gegen- über Altgläubigern?	104
f) Zusammenfassung	107
2. Forderungsaufrechnung bei nur wirtschaft- licher Identität der Kommanditgesell- schaft	108
a) Der technische Ablauf der Unter- nehmensumwandlung	109
b) Aufrechnung mit einer nach "Beitritt" entstandenen Forderung	113
c) Aufrechnung mit einer vor "Beitritt" entstandenen Forderung	113
d) Ausschluß des Nennwertprinzips auch gegenüber Altgläubigern?	116
e) Die "Umwandlung" von Gesamthandsge- meinschaften in eine Kommanditge- gesellschaft	118
V. Fazit und Wertung	121
§ 2 Forderungsbewertung bei der atypischen Kommanditgesellschaft	124
I. Der Begriff der atypischen Kommanditgesell- schaft	124
II. Ausschluß des Nennwertprinzips als Folge eines Kapitalaufbringungsgedankens in der kapitalistischen KG?	126
1. Einmann-kapitalistische KG	128
2. GmbH & Co. KG	129
3. Wertung	135

§ 3	Exkurs: Der Begriff der "Vollwertigkeit" der Forderung	135
I.	Der maßgebliche Bewertungszeitpunkt	136
II.	Die Bestimmung der Vollwertigkeit	137
	1. Die Vollwertigkeit einer gegen eine KG gerichteten Forderung	140
	2. Die Vollwertigkeit einer gegen eine GmbH & Co. KG gerichteten Forderung	142
§ 4	Verkehrswertprinzip und Sanierungsbeitritt	143
I.	Problemstellung	143
II.	Die Funktion der Kommanditistenaufrechnung als Sanierungsinstrument	146
	1. Die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit	147
	2. Die Beseitigung der Überschuldung	148
	3. Fazit und Ausblick	151
III.	Problemlösung	152
	1. Grundsätzlicher Ansatzpunkt	152
	2. Verwirklichung de lege lata	156
	3. Verwirklichung de lege ferenda	160
	Zusammenfassung	162

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

bspw.	= beispielsweise
ders.	= derselbe
d.E.	= des Entwurfs
ebd.	= ebenda
Fußn.	= Fußnote
ggf.	= gegebenenfalls
grds.	= grundsätzlich
Großkomm.	= Großkommentar
i.E.	= im Ergebnis
i.V.	= in Verbindung
Jhrb.	= Jahrbuch
krit.	= kritisch
Lit.	= Literatur
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
Nr.	= Nummer
o.	= oben
Ref.	= Reform
Rdn.	= Randnummer
sog.	= sogenannt
Sonderbeil.	= Sonderbeilage
std.	= ständig
stat.	= statistisch
v.	= vom
Vorb.	= Vorbemerkung
zutr.	= zutreffend

Im übrigen wird Bezug genommen auf:

Duden,	Rechtschreibung der deutschen Sprache und der Fremdwörter, 18. Aufl., Mannheim/Wien/Zürich 1980.
Kirchner, H.,	Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968.

LITERATURVERZEICHNIS

- Aktiengesetz** Großkommentar, Bd. I/1, bearbeitet von Meyer-Landshut, Würdinger, Barz, 3. Aufl., Berlin/New York 1973, (zit.: Bearbeiter in Großkomm.AktG).
- Baumbach-Duden** Handelsgesetzbuch, Kurzkommentar, 23. Aufl., München 1978.
- Baumbach-Hueck** Aktiengesetz, Kommentar, 13. Aufl., München 1968.
- Baumbach-Hueck** Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 13. Aufl., München 1970.
- Blumers, W.** Überschuldung und Konkursgrund bei der GmbH & Co. KG, BB 1976, 1441-1443.
- Boesebeck, E.** Die "kapitalistische" Kommanditgesellschaft, Soziale Praxis 1938, 715-724.
- Brodmann, E.** Kommentar zum GmbHG, Bd. I., 2. Aufl., Berlin/Leipzig 1930.
- Das Bürgerliche Gesetzbuch** Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, Bd. II/2, bearbeitet von Ballhaus, Gelhaar, Kessler, Mezger, Weber, 12. Aufl., Berlin/New York 1978, (zit.: Bearbeiter in BGB-RGRK).
- Doehring, C.** Die deutsche Insolvenzstatistik als Erkenntnisquelle für eine Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, KTS 1976, 146-155.
- Düringer-Hachenburg** Das Handelsgesetzbuch, Bd. I., bearbeitet von Geiler, Hoeniger, Lehmann; Bd. II/2, bearbeitet von J. Flechtheim, Mannheim/Berlin/Leipzig 1930/1932.
- Dürkes, W.** Gesellschaftsrechtliche Bedeutung der Verrechnungsabrede zur Erfüllung einer Einlageverpflichtung, DB 1952, 769-770.
- Elsing, S.** Kommanditistenhaftung und Gläubigergefährdung bei der unterkapitalisierten Kommanditgesellschaft, GmbH-Rdsch. 1978, 103-107.

- Felix, G. Haftsumme des Kommanditisten und Sacheinlage, NJW 1973, 491-492.
- Flume, W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Die Personengesellschaft, Berlin/Heidelberg/New York 1973, (zit.: Flume, Die Personengesellschaft).
- Friedrich, W. Der Schutz des Gläubigers bei der Kommanditgesellschaft, Soziale Praxis 1938, 1155-1160.
- Furrer, R. Die Haftung des Kommanditisten im Vergleich mit der Haftung des Komplementärs, Luzern 1902.
- Gerhardt, W. Aspekte zur Wechselwirkung zwischen Konkursrecht und Wirtschaftsleben, Festschrift für Friedrich Weber, Berlin/New York 1975, S. 181-196.
- Geßler, E. Aktiengesetz, Kommentar von Geßler, Hefermehl, Eckhardt, Kropff, Bd. II, München 1973/1974 (zit.: Geßler-Bearbeiter, AktG).
- Geßler, E. Die Umwandlung von Krediten in haften- des Kapital, Festschrift für Philipp Möhring, München 1975, S. 173-196.
- Godin-Wilhelmi Aktiengesetz, Kommentar, Bd. I, 4. Aufl., Berlin/New York 1971.
- Großfeld, B. Bilanzrecht, Heidelberg/Karlsruhe 1978.
- Günter, M. Die Aufbringung und Erhaltung des Haftkapitals in KG und GmbH unter besonderer Berücksichtigung der GmbH & Co. KG, Diss. Hamburg 1975.
- Gursky, K.-H. Risikokumulation für den Kommandi- tisten mit Sacheinlagepflicht, DB 1978, 1261-1265.
- Hachenburg Kommentar, Gesetz betreffend die Ge- sellschaften mit beschränkter Haftung, bearbeitet von Barz, Behrens, Goerde- ler, Hohm, Klug, Mertens, Schilling, Ulmer, 7. Aufl., Berlin/New York 1979, (zit.: Bearbeiter in Hachenburg, GmbHG).
- Hahn/Mugdan Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. VI, Materi- alien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897.

- Handelsgesetzbuch Großkommentar, Bd. II/2, bearbeitet von W. Schilling, 3. Aufl., Berlin 1970, (zit.: Schilling in Großkomm. HGB).
- Hanisch, H. Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, Frankfurt 1973.
- Zur Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, ZZP 1977, 1-38.
- Haupt/Reinhardt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952.
- Hopt/Hehl Probleme der Unterkapitalisierung bei einer GmbH & Co. KG, JA 1979, 119-125.
- Huber, U. Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970.
- Hueck, A. Gesellschaftsrecht, bearbeitet von Götz Hueck, 17. Aufl., München 1975.
- Hunscha, A. Die Anwendung der §§ 30 Abs. 1, 31 GmbHG auf Zahlungen der GmbH & Co. KG an ihre Kommanditisten, GmbH-Rdsch. 1973, 257-263.
- Jaeger, E. Konkursordnung, 8. Aufl., Bd. II/2, bearbeitet von Weber, Jahr und Klug, Berlin/New York 1973, (zit.: Jaeger-Bearbeiter, KO).
- Keidel/Schmatz/
Stöber Registerrecht, in Handbuch der Rechtspraxis, Band 7, 3. Aufl., München 1976.
- Keuk, B. Die Haftung des Kommanditisten für die Schulden der Gesellschaft, ZHR 135 (1971), 410-443.
- Knieper, R. Konkurs und Sanierung, BB 1977, 622-627.
- Köhler, H.D. Die GmbH & Co. KG, Steuerberater-Jhrb. 1954/1955, 233-275.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, herausgegeben von Wolfgang Zöllner, Bd. I, bearbeitet von Biedenkopf, Claussen, Geilen, Koppensteiner, Kraft, Kronstein, Lutter, Mertens, Zöllner, Köln/Berlin/Bonn/München 1970, (zit.: Bearbeiter in Kölner Komm. z. AktG).

- Kohler, J. Neue konkursrechtliche Forderungen, AcP 95, 339-344.
- Kommentar zum Handelsgesetzbuch früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, Bd. I, bearbeitet von H. Würdinger, Berlin 1953, Bd. II, bearbeitet von O. Weipert, Berlin 1950, (zit.: Bearbeiter in HGB-RGRK).
- Kornblum, U. Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, Frankfurt 1972, (zit.: Kornblum, Haftung der Gesellschafter).
Einlage und Haftung des Kommanditisten, Besprechung, AG 1978, 137-140.
- Kraft, A. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Publikums-KG zwischen Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung, Festschrift für Robert Fischer, Berlin/New York 1979, S. 321-337.
- Kroppen, H. Überschuldung als Konkursgrund für die GmbH & Co. KG, DB 1977, 663-667.
- Kuhn, G. Haftungsprobleme bei der GmbH & Co. KG, Ehrengabe für Bruno Heusinger, München 1968, S. 203-216.
Konkursrechtliche Probleme bei der GmbH & Co. KG, in Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift für Wolfgang Schilling, Berlin/New York 1973, S. 69-78.
Die Rechtsprechung des BGH zur Kommanditgesellschaft, Sonderbeilage WM 1/1978, 1-21.
- Leffson, U. Die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung, 4. Aufl., Düsseldorf 1976; (zit.: Leffson, GoB).
Bilanzanalyse, 2. Aufl., Stuttgart 1977.
- Leven, K. Zur persönlichen Haftung des Kommanditisten im Gesellschaftskonkurs, Diss. Köln 1966.
- Luckan/Schacht Gläubigerschutz, Publizität und Haftung, DB 1970, 1449-1457.
- Lutter, M. Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964.

- Lutz, J. v. Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, im Auftrag der Kommission herausgegeben, Würzburg 1858-1867.
- Makower, H. Handelsgesetzbuch, Bd. I, bearbeitet von F. Makower, 13. Aufl., Berlin 1906.
- Mentzel, F. Konkursordnung, Kommentar, fortgeführt von Georg Kuhn, 9. Aufl., von W. Uhlenbruck, München 1979, (zit.: Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO).
- Möhring, Ph. Erbringung von Stammeinlagen bei einer GmbH durch Aufrechnung, Festschrift für Reimer Schmidt, Karlsruhe 1976, S. 85-100.
- Mossmann, A. Die Haftung des Kommanditisten in der unterkapitalisierten KG, Diss. Heidelberg 1978.
- Neumann-Duesberg Die Außenhaftung des Kommanditisten, DB 1965, 769-771.
- Nitschke, M. Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Berlin 1970.
- Obermüller, M. Konkursanmeldung bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, DB 1973, 267-270.
- Ott, C. Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft, Diss. Tübingen 1966.
- Papst, Unzulässige, ungenaue und überflüssige Registereinträge, DNotZ 1957, 393-401.
- Petzold, R. Die Haftung des Kommanditisten nach Leistung seiner Einlage durch den Komplementär, DNotZ 1975, 529-537.
- Priester, H.-J. Die Verwendung von Gesellschaftsforderungen zur Kapitalerhöhung bei der GmbH, DB 1976, 1801-1806.
- Reinhardt, R. Gesellschaftsrecht, Tübingen 1973.
- Reinicke, G.u.D. Zur Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen, NJW 1959, 361-366.
- Reuter, A. Das Problem der Vollwertigkeit von Gesellschaftsforderungen im Zusammenhang mit deren Verwendung zur Kapitalerhöhung bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, BB 1978, 1195-1196.

- Stimpel, W.** Anlegerschutz durch Gesellschaftsrecht in der Publikums-Kommanditgesellschaft, Festschrift für Robert Fischer, Berlin/New York 1979, S. 771-783.
- Stuckart, W.** Erklärungen an die Öffentlichkeit, Diss. Frankfurt 1929.
- Sudhoff, H.** Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 5. Aufl., München 1978.
- Teichmann/Schick** Haftung bei einer als KG auftretenden BGB-Gesellschaft - BGHZ 61, 59, JuS 1975, 18-25.
- Tschierschke, W.** Das Ausscheiden eines Kommanditisten und die Stellung des Ausgeschiedenen im Konkurs der Gesellschaft, Diss. München 1966.
- Uhlenbruck, W.** Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, Köln 1977, (zit.: Uhlenbruck, GmbH & Co. KG).
- Unger, K.** Die Inanspruchnahme des verdeckten Kapitalgebers, KTS 1960, 33-39.
- Westermann, H.P.** Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin/Heidelberg/New York 1970, (zit.: H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit).
- Die GmbH & Co. KG im Lichte der Wertschaftsverfassung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 111, Karlsruhe 1973, (zit.: H.P. Westermann, Die GmbH & Co. KG).
- Gläubigerschutz bei der Neuordnung der GmbH, Fessel oder Heilmittel für eine Rechtsform, Tübingen 1971, (zit.: H.P. Westermann, Gläubigerschutz).
- Westermann, H., Scherpf, Paulick, Bulle, Hackbeil** Handbuch der Personengesellschaften, Stand 12. Erg. lfg. 1979, 3. Aufl., Köln 1967/78, (zit.: H. Westermann, Handbuch I).
- Ausgleichsansprüche des Kommanditisten, dessen Haftsumme die Pflichteinlage übersteigt, bei Inanspruchnahme der KG, Festschrift für Carl Hans Barz, Berlin/New York 1974, S. 81-94.

- Wiedemann, H. Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, Sonderbeilage WM 4/1975, 1-44.
- Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, in Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Johannes Bärmann, München 1975, S. 1037-1056.
- Gesellschaftsrecht, Band I, München 1980.
- Wiedemann, Bär, Dabin Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt/Berlin 1968, (zit.: Wiedemann, Haftung).
- Wieland, K. Handelsrecht, Bd. I, München/Leipzig 1921.
- Winkler, K. Die Haftungsverfassung der GmbH & Co. (KG), NJW 1969, 1009-1014.
- Würdinger, H. Betrachtungen zur Reform der Personalgesellschaften, AcP 144, 129-148.

Einleitung und Problemstellung

Nach § 171 Abs. 1 HGB⁺ haftet der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage. Die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.

Das Gesetz selbst sagt nichts darüber aus, wie die Einlageleistung zu erbringen ist, insbesondere verlangt es nicht eine Leistung in Geld. Eine Einlageleistung wird nach herrschender Auffassung immer dann bejaht, wenn der Gesellschaft ein Vermögenswert in Höhe der Einlage zugeflossen ist ¹⁾. Außer Geldzahlungen kommt auch die Einbringung von beweglichen und unbeweglichen Sachen und Rechten in Betracht ²⁾. Der Kommanditist kann aber auch gegenüber der Gesellschaft mit eigenen Forderungen aufrechnen ³⁾ oder die Einlagenpflicht durch Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern erfüllen ⁴⁾.

Während bei einer Geldleistung der Wert des Geleisteten eindeutig bestimmt ist, entstehen bei der Einbringung anderer Vermögensgegenstände Bewertungsprobleme. Zwar steht es den Gesellschaftern im Innenverhältnis frei, in welcher Höhe sie den Wert der eingebrachten Vermögensgegenstände ansetzen. Für die Frage, in welchem Umfang jedoch die beschränkt persönliche Haftung gemäß § 171 Abs. 1, 2. Halbs. ausge-

+ Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind im folgenden Text solche des HGB.

- 1) RGZ 63, 265 (267); BGHZ 39, 319 (329); BGHZ 51, 391 (394); Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 10; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13; Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 4; Baumbauch-Duden, § 171 Anm. 2A.
- 2) Weipert in HGB-RGRK, § 161 Anm. 17; Schilling in Großkomm. HGB, aaO.
- 3) Vgl. statt vieler Schilling, aaO, § 171 Anm. 14.
- 4) Vgl. etwa Schilling, aaO, § 171 Anm. 20.

geschlossen wird, ist allein der objektive Wert des Geleisteten maßgeblich ¹⁾. Vermögensgegenstände werden deshalb nach ihrem Verkehrswert oder Wiederbeschaffungswert im Zeitpunkt des Vermögenszuflusses bewertet ²⁾. Bei Einbringung von Forderungen gegen Dritte kommt es ebenfalls auf den Wert der Forderung im Zeitpunkt der Leistung an. Unter Umständen ist hier in Abschätzung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners ein Delkredereabzug vorzunehmen ³⁾.

Wie verhält es sich nun aber, wenn der Kommanditist mit einer eigenen Forderung gegen die Gesellschaft aufrechnet? Kann er hier zum vollen Nennwert der Forderung aufrechnen, ohne Rücksicht auf die Vermögenslage der Gesellschaft, oder ist nach Sacheinlagegrundsätzen eine Bewertung zum Verkehrswert vorzunehmen?

Die bisher herrschende Meinung im Schrifttum ⁴⁾ und auch die Rechtsprechung ⁵⁾ ließen ohne Rücksicht auf den Wert der Forderung im Aufrechnungszeitpunkt stets eine haftungsbefreiende Aufrechnung zum Nennwert zu. Zweifel am Fortbestehen des Prinzips der Nennwertaufrechnung sind aber insbesondere aufgrund einer neueren zu diesem Problemkreis ergangenen Entscheidung des BGH ⁶⁾ hervorgerufen worden. Der BGH hatte sich hier mit einem Fall zu befassen, in dem eine in Zahlungsschwierigkeiten geratene GmbH mit mehreren ihrer Gläubiger eine GmbH & Co. KG gründete. Die

1) Weipert, aaO, § 171 Anm. 13; Schilling, aaO, § 161 Anm. 13.

2) BGH DB 1973, 1036 (1037); Schilling, aaO, § 161 Anm. 13; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 13.

3) Sudhoff, S. 113; Schilling, aaO, § 171 Anm. 15.

4) Vgl. statt vieler Schilling, aaO, § 171 Anm. 14.

5) Vgl. BGHZ 51, 391 (394).

6) BGHZ 61, 59 ff.

GmbH brachte ihr Unternehmen mit allen Aktiva und Passiva ein. Die Gläubiger wurden Kommanditisten. In Höhe ihrer Kommanditeinlagenpflicht rechneten sie teils mit Forderungen gegen die GmbH, deren Schulden die GmbH & Co KG übernommen hatte, teils mit Forderungen aus Geschäften mit der neu errichteten Gesellschaft auf. Nur hinsichtlich der zur Aufrechnung gestellten Forderungen aus Geschäften mit der neu gegründeten Gesellschaft ließ der BGH eine Nennwertaufrechnung ohne Rücksicht darauf zu, ob sie angesichts der Vermögenslage der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Aufrechnung vollwertig waren. Hingegen stellte er bei den von der GmbH & Co. KG übernommenen Altschulden auf den wirtschaftlichen Wert ab ¹⁾. Damit behandelt der BGH die gegen die frühere Gesellschaft gerichteten Altforderungen nach Sacheinlagegrundsätzen, mit der Konsequenz, daß wie bei einer Forderungseinbringung gegen Dritte ein Abschlag in Abhängigkeit von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners vorzunehmen und der Wert der Forderung im äußersten Fall mit Null anzusetzen ist ²⁾.

Die unterschiedliche Behandlung der übernommenen Altschulden und der erst von der neuen Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten sieht der BGH dadurch gerechtfertigt, daß nur letztere unmittelbar zu Lasten ihres Gesellschaftsvermögens entstanden und mit dem vollen Nennbetrag zu bilanzieren gewesen seien ³⁾.

Berechtigte Kritik ⁴⁾ ist vor allem deshalb entstanden, daß bei konsequenter Anwendung dieser Grundsätze nunmehr allein eine mehr oder weniger zufällige Änderung in der Rechtsform der Gesellschaft

1) BGHZ 61, 59 (71).

2) So lag es in der erwähnten BGH-Entscheidung.

3) BGHZ 61, 59 (70 f.).

4) Teichmann/Schick, JuS 1975, 18 (23 f.).

über die Frage der Zulässigkeit einer haftungsbe-
freienden Nennwertaufrechnung entscheidet. Der Stand-
punkt des BGH führt nämlich zu folgender, im Ergebnis
nicht verständlicher Differenzierung. Falls ein
Gläubiger in eine bereits bestehende Kommanditgesell-
schaft eintritt, so muß ihm in Anwendung der Grundsätze
der BGH-Rechtsprechung erlaubt sein, mit Forderungen,
die er schon vor seinem Eintritt gegen die KG erworben
hatte, ohne Rücksicht auf die Vermögenslage der Gesell-
schaft zum Nennwert aufzurechnen. Denn diese Forderungen
waren unmittelbar zu Lasten des Gesellschaftsvermögens
der KG entstanden und demzufolge mit dem Nennbetrag zu
bilanzieren. Handelt es sich aber bei der ursprünglichen
Gesellschaft beispielsweise um eine GmbH, so ist
eine Umwandlung in eine GmbH & Co. KG erforderlich.
Übernimmt die GmbH & Co. KG die Schulden der GmbH
und rechnet der beitretende Gläubiger gegen die Einlage-
forderung der GmbH & Co. KG auf, dann soll es für
die Frage der Haftungsbefreiung auf den wirtschaftlichen
Wert der Forderung gegen die GmbH ankommen. Denn
die Forderung ist erst durch die Übernahme zu einer
gegen die GmbH & Co. KG selbst gerichteten For-
derung geworden ¹⁾.

Die Entscheidung des BGH wirkt sich erheblich auf
die Sanierung von Unternehmen aus. Denn die Gläu-
biger eines zahlungsunfähigen oder überschuldeten
Unternehmens dürften nur wenig Bereitschaft zeigen,
dieser Gesellschaft als Kommanditist beizutreten,
wenn ihnen eine haftungsbefreiende Aufrechnung gegen
die Einlageforderung zum Nennwert verwehrt ist.
Glückt die Sanierung, so wird sich zwar niemand über
die haftungsbefreiende Wirkung der Aufrechnung Ge-
danken machen, da von der Gesellschaft Zahlung erlangt

1) Vgl. BGHZ 61, 59 (71).

werden kann. Akut wird die Frage einer Forderungsaufrechnung zum Nennwert oder einer Bewertung nach den Grundsätzen der Sacheinlage aber immer dann, wenn die Sanierung scheitert oder nur vorübergehend wirkt, und die Gesellschaft schließlich doch Konkurs anmelden muß, weil die Gläubiger keine zusätzlichen Kredite gewähren und ihre Kommanditbeteiligungen nicht erhöhen. Dann wird der Konkursverwalter prüfen, ob die Aufrechnung zur Haftungsbefreiung geführt hat, oder ob die Gläubiger noch in Höhe der im Register eingetragenen Haftsumme persönlich in Anspruch genommen werden können.

Dadurch, daß der BGH den bisher uneingeschränkt geltenden Grundsatz einer haftungsbefreienden Aufrechnung zum Nennwert aufgegeben hat, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob eine Entwicklung eingeleitet worden ist, an deren Ende eine völlige Abkehr vom Prinzip der Nennwertaufrechnung steht.

Die vorliegende Arbeit bemüht sich, im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit eindeutige Abgrenzungskriterien dafür zu gewinnen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen sich eine haftungsbefreiende Forderungsaufrechnung zum Nennwert mit dem Gläubigerschutz im Recht der KG vereinbaren läßt.

In Teil I der Arbeit soll hierbei zunächst auf die Aufrechnung als Instrument der Haftungsbefreiung im Zusammenspiel von Einlage und Haftung des Kommanditisten eingegangen werden. Teil II befaßt sich mit dem Problem der Forderungsbewertung. Als eigener Lösungsansatz wird dabei die Abhängigkeit der Bewertung von der Haftungsverfassung der KG, insbesondere in Gegenüberstellung zum Recht der Kapitalgesellschaften, herausgearbeitet. In Teil III schließlich werden verschiedene Fallgruppen der Aufrechnung unter

Berücksichtigung der zuvor gewonnenen allgemeinen Erkenntnisse behandelt. Dabei sollen zur Lösung des Interessenwiderstreits zwischen Gläubigerschutz und Sanierungsbestrebungen neue Wege aufgezeigt werden.

Die Aufrechnung als Instrument der Haftungs-
befreiung des Kommanditisten

§ 1 Der grundsätzliche Zusammenhang zwischen Ein-
lage und Haftung des Kommanditisten

Die Haftung des Kommanditisten ist gemäß § 171 Abs. 1 dadurch gekennzeichnet, daß sie im Gegensatz zur unbegrenzten Haftung des Komplementärs (vgl. § 161 Abs. 1) auf den Betrag einer bestimmten Einlage begrenzt ist. Die Höhe der Hafteinlage wird hierbei durch den im Handelsregister eingetragenen Betrag bestimmt (§ 172 Abs. 1). Nur für die bis zur Eintragung der Gesellschaft durch vorzeitige Geschäftsaufnahme begründeten Verbindlichkeiten besteht nach § 176 Abs. 1 eine der Höhe nach unbegrenzte Haftung entsprechend der eines persönlich haftenden Gesellschafters.

Bis zur Höhe des im Handelsregister eingetragenen Betrages haftet der Kommanditist mit seinem ganzen Vermögen unmittelbar ¹⁾. Von dieser Haftung kann sich der Kommanditist jedoch befreien, wenn er die Hafteinlage leistet (§ 171 Abs. 1, 2. Halbs.). Sie lebt allerdings nach § 172 Abs. 4 Satz 1 wieder auf, soweit die Einlage zurückbezahlt wird.

I. Hafteinlage - Pflichteinlage

Die hM ²⁾ bezeichnet die in §§ 171 ff. genannte Ver-

- 1) Keuk, ZHR 135 (1971), 414, mißt hierbei der Eintragung der Kommanditsumme die Bedeutung zu, daß sie nicht die Haftung begründe, sondern die durch Teilnahme an der Gesellschaft begründete Haftung für Gesellschaftsschulden limitiere.
- 2) Vgl. Schlegelberger-Geßler, HGB, § 161 Anm. 10; Weipert in HGB-RGRK, § 161 Anm. 16; Baumbach-Duden, § 171 Anm. 1; Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 161 Anm. 8; Schilling in Großkomm. HGB, § 161 Anm. 12; H. Westermann, Handbuch I, Rz. 799; Kornblum, Haftung d. Gesellschafter, S. 207; Reinhardt, Rd. 277 (S. 123); Neumann-Duesberg, DB 1965, 769 (770).

mögenseinlage als Hafteinlage ¹⁾. Ihr gegenüber steht die sogenannte Pflichteinlage, die der Kommanditist gegenüber der Gesellschaft schuldet. Die Unterscheidung kommt im Gesetz zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck ²⁾. Sie wird aber beispielsweise in §§ 161, 172, 174 angedeutet, wenn hier von Auswirkungen bestimmter Handlungen des Kommanditisten "im Verhältnis zu den Gläubigern" die Rede ist ³⁾.

Zwischen Pflichteinlage und Hafteinlage oder Haftsumme muß unterschieden werden, weil eine Einlageleistung im Innen- und Außenverhältnis unterschiedlich wirkt. So erfüllt jede vertragsgemäß erbrachte Leistung die Einlagepflicht gegenüber der Gesellschaft, gegenüber den Gläubigern aber wirkt sie nur dann haftungsbefreiend, wenn sie wertmäßig den Betrag der eingetragenen Haftsumme erreicht ⁴⁾. Hafteinlage und Pflichteinlage können auch betragsmäßig voneinander abweichen. Der Kommanditist kann im Innenverhältnis sogar von einer Beitragspflicht befreit sein ⁵⁾.

Pflichteinlage und Hafteinlage können insbesondere bei Über- oder Unterbewertungen von Sacheinlagen unterschiedlich behandelt werden. Bei einer Überbewertung kommt es für die Frage der Haftungsbefreiung stets nur auf den objektiven Wert der Leistung an ⁶⁾.

-
- 1) Gegen den Begriff der Hafteinlage wenden sich Keuk aaO, S. 412 ff.; K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 4; ders. in ZGR 1976, 307 (311); H. Westermann, aaO, Rz. 799, da dieser Terminus zu der Annahme verleite, der Haftsumme müsse eine Einlage entsprechen und zugrunde liegen; gegen eine Differenzierung überhaupt Ott, S. 213 ff.
 - 2) H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 285 f.
 - 3) Die Unterscheidung ergibt sich ferner auch aus § 171 Abs. 2, vgl. dazu S. 22.
 - 4) Vgl. Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13.
 - 5) H. Westermann in Festschrift Barz, S. 83.
 - 6) BGHZ 39, 319 (330); H. Westermann, aaO, S. 84; Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13.

Haben die Gesellschafter eine Sacheinlage hingegen zwecks Bildung stiller Reserven unterbewertet, so stellt sich das Problem, ob spätere Haftsummenerhöhungen durch die Unterbewertung ausgeglichen werden können.

Die überwiegende Auffassung legt dem Umfang der Haftungsbefreiung den wahren Wert der Einlage zugrunde ¹⁾, so daß die spätere Erhöhung der Haftsumme gedeckt ist. Hierfür spricht die Vorschrift des § 172 Abs. 2, wonach sich die Gläubiger auf eine Erhöhung nur berufen können, wenn sie eingetragen, in handelsüblicher Weise bekannt gemacht oder mitgeteilt worden ist. Die bloße Unterbewertung einer Leistung kann deshalb noch nicht die Haftsumme erhöht haben ²⁾.

II. Die grundsätzlichen Möglichkeiten der Haftungs- befreiung

Das Gesetz sagt in § 171 Abs. 1 nichts darüber aus, wie der Kommanditist seine (Haft)-Einlage zu erbringen hat, um seine persönliche Haftung auszuschließen. Er hat seine Einlage immer dann geleistet, wenn der Kommanditist der Gesellschaft einen Vermögenswert in Höhe der Einlage zugeführt hat ³⁾. Neben der Leistung in Geld kommt deshalb auch die Einbringung von unbeweglichen und beweglichen Sachen, von Rechten, beispielsweise Forderungen Patenten, Ur-

-
- 1) Baumbauch-Duden, § 171 Anm. 2 A; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13; Ritter, § 171 Anm. 3c; a.A. Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 13, der darauf abstellt, ob die Gesellschafter die Unterbewertung nur für die Pflichteinlage oder auch für die Hafteinlage vornehmen; so i.E. auch K. Schmidt, Einlage und Haftung S. 41 f.; ausführlich zu diesem Problem Felix, NJW 1973, 491 f.
 - 2) H. Westermann, Handbuch I, Rz. 925.
 - 3) BGHZ 39, 319 (329); Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13; Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13; Flecht-heim in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 4; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 10.

heberrechten und Lizenzen in Betracht ¹⁾. Eine haftungsbefreiende Einlage kann ferner dadurch geleistet werden, daß der Kommanditist seinen Gewinnanteil nicht erhebt und eine Anrechnung auf die Einlage erfolgt ²⁾. Voraussetzung ist allerdings, daß der Gewinn nicht nach § 169 Abs. 1, Satz 2, 2. Halbs. zu anderen Zwecken, insbesondere Verlustausgleichen zu verwenden ist. Anderenfalls würde eine Gewinnentnahme die Haftung nach § 172 Abs. 4 Satz 2 wiederaufleben lassen ³⁾. Ferner kann sich der Kommanditist von seiner persönlichen Haftung dadurch befreien, daß er Gesellschaftsgläubiger befriedigt ⁴⁾. Erforderlich hierfür ist lediglich, daß die Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Dritten bestand. Hingegen kommt es nicht darauf an, ob der Kommanditist aufgrund des Gesellschaftsvertrages zur Befriedigung des Gesellschaftsgläubigers verpflichtet war ⁵⁾. Schließlich kann der Kommanditist seine Haftung dadurch ausschließen, daß er mit einer Forderung gegen die Einlageforderung der KG aufrechnet ⁶⁾. Um die Behandlung der damit zusammenhängenden Probleme wird es im folgenden insbesondere gehen.

-
- 1) Vgl. die Aufzählung bei H. Westermann, aaO, Rz. 918 u. Sudhoff, S. 112; zur Einlagefähigkeit bloßer Gebrauchsüberlassungen u. Dienstleistungen, U. Huber, S. 192 ff.
 - 2) H. Westermann, Handbuch I, Rz. 921; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 17.
 - 3) H. Westermann, aaO.
 - 4) Vgl. RGZ 63, 265 (267); BGHZ 39, 319 (328); H. Westermann, aaO, Rz. 922; Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 20.
 - 5) Vgl. Schilling, aaO.
 - 6) RGZ 63, 265 (267); BGHZ 51, 391 (393); BGHZ 61, 59 (71); Westermann, aaO, Rz. 923; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13.

III. Allgemeine Beschränkungen der haftungsbefreienden Wirkung der Einlageleistung

1. Vertragstheorie - Verrechnungstheorie

Wenn üblicherweise für eine haftungsbefreiende Leistung des Kommanditisten nur gefordert wird, daß der Gesellschaft Vermögenswerte in Höhe der Einlagenpflicht zugeführt werden müssen, stellt sich die Frage, ob hierbei vernachlässigt werden kann, welche Leistung der Kommanditist im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft zu erbringen verpflichtet ist. Die hierzu vertretenen unterschiedlichen Auffassungen hat Wiedemann ¹⁾ mit "Vertragstheorie" und "Verrechnungstheorie" bezeichnet. Dieser Terminologie soll hier gefolgt werden.

Die Vertragstheorie geht davon aus, daß eine Leistung nur haftungsbefreiend wirken kann, wenn der Kommanditist die gesellschaftsvertraglich geschuldete Leistung erbringt. Keuk ²⁾ formuliert es so, daß entsprechend dem gesetzlichen Wortlaut unter Leistung der Einlage auch die Leistung der Einlage zu verstehen sei. Der Kommanditist werde nicht schon dadurch von seiner Haftung befreit, daß er der Gesellschaft einen Vermögenswert zur Verfügung stelle ³⁾. K. Schmidt ⁴⁾ nennt dies das "Prinzip der Einlagenaufbringung". Dahinter steckt der Gedanke, daß der Kommanditist der Gesellschaft nicht durch Zuführung eines beliebigen Vermögenswertes eine nicht geschuldete Leistung aufdrängen könne. Einlagecharakter könne eine nicht geschuldete Leistung nur dann haben, wenn die Gesellschaft sie unter den Voraussetzungen des § 364 BGB als Leistung an Erfüllungs Statt

1) In Festschrift Bärmann, S. 1037 (1041).

2) In ZHR 135 (1971), 410 (417); so i.E. auch U. Huber, S. 212.

3) ZHR 135 (1971), 410, 418.

4) In ZGR 1976, 307 (318) u. Einlage und Haftung, S. 26, wobei das Prinzip der Einlageleistung allerdings durch das Prinzip der objektiven Vermögensdeckung ergänzt wird.

annehme ¹⁾.

Die Verrechnungstheorie ²⁾ stellt hingegen allein auf die tatsächlichen Vermögensbewegungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft ab. Für die Frage der Haftungsbe-freiung des Kommanditisten sind nicht nur Vereinbarungen der Gesellschafter über die Art und Weise der Einlage-leistung ohne Bedeutung. Darüber hinaus sollen auch außergesellschaftsrechtliche Wertbewegungen, die etwa aufgrund eines Kauf- oder Darlehensvertrages zwischen Kommanditist und Gesellschaft erfolgt sind, unter den Anwendungsbereich des § 171 Abs. 1 fallen. Jeder Ver-mögenszuwachs der Gesellschaft schließt damit automa-tisch in gleicher Höhe die Haftung des Kommanditisten aus ³⁾.

Bei den meisten Autoren vermißt man ein klares Be-kenntnis zu der einen oder anderen Theorie. Sie de-finieren üblicherweise die Hafteinlage als Leistung, durch die der Kommanditist der Gesellschaft in Höhe seiner Einlage Vermögenswerte zugeführt hat ⁴⁾. Nur scheinbar können sie damit aber im Sinne der Ver-rechnungstheorie gedeutet werden. Denn andererseits wird von ihnen abgelehnt, jeden Vermögenszuwachs zu-gunsten der Gesellschaft automatisch als haftungsbe-freiende Einlageleistung anzusehen; der Kommanditist werde nämlich nicht von seiner Haftung befreit, wenn er die Leistung aufgrund eines Verkehrsgeschäftes erbracht habe ⁵⁾. In diesen Fällen führe erst die Aufrechnung mit dem Kaufpreis- oder Darlehensanspruch gegen die Einlageforderung der Gesellschaft zu einer Befreiung von der Einlagepflicht ⁶⁾.

1) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 40.

2) Als deren Vertreter sind Furrer, S. 227 ff. und Wiede-mann, in Festschrift Bärmann, S. 1037 (1047) zu nennen.

3) Wiedemann, aaO, S. 1046.

4) Vgl. Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13; Wieland, S. 762; Schlegel-berger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 10.

5) Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13a; Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 5.

6) Vgl. Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13a.

Auch die Rechtsprechung hat sich weder auf die Verrechnungstheorie noch auf die Vertragstheorie festgelegt. Der BGH stellt einerseits für die Frage einer Einlageleistung im Sinne der Verrechnungstheorie darauf ab, ob der Kommanditist der Gesellschaft einen der Haftsumme entsprechenden Vermögensbetrag zugeführt hat. So entschied er, daß ein Kommanditist, der gegenüber der Gesellschaft zur Leistung einer Bareinlage verpflichtet war, sich auch dann durch auf die Einlage erbrachte Warenlieferungen befreien könne, wenn die Gesellschaft die Leistung nicht an Erfüllung statt annehme ¹⁾. In einer weiteren Entscheidung ²⁾ sah der BGH eine haftungsbefreiende Einlageleistung darin, daß die Gesellschaft die Einlageforderung gegen den Kommanditisten ihrem Gläubiger mit befreiender Wirkung (§ 364 BGB) abtrat, da "das Gesellschaftsvermögen in Höhe der Einlageverpflichtung von einer Verbindlichkeit befreit und der Gesellschaft mittelbar ein entsprechender Vermögenswert zugeführt werde".

Soweit die Vermögensbewegungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft aber aufgrund eines Verkehrsgeschäftes erfolgen, ist es ständige Rechtsprechung des RG ³⁾ und auch des BGH ⁴⁾, daß nicht entsprechend der Verrechnungstheorie kontokorrentartig eine automatische Verrechnung auf die Hafteinlage des Kommanditisten vorgenommen werde; erst eine Aufrechnungserklärung des Kommanditisten befreie ihn von seiner Haftung.

Dennoch erscheint es verfehlt, den Standpunkt der Literatur und der Rechtsprechung als inkonsequent durchgeführte Verrechnungs- oder Vertragstheorie ab-

1) BGHZ 39, 319 (329).

2) BGHZ 63, 339 (341).

3) RG Warn. 1901 Nr. 151, RG Soerg. Rspr. 1927 Nr. 1 zu § 161; RGZ 63, 265 (266 ff.).

4) Vgl. BGHZ 51, 391 (393), BGHZ 61, 59 (70 ff.).

zutun ¹⁾. Allenfalls ist ihnen eine terminologische Ungenauigkeit vorzuhalten. Zustimmung verdient der Ausgangspunkt, die Befreiung des Kommanditisten nicht davon abhängig zu machen, ob gerade die gesellschaftsvertraglich geschuldete Leistung erbracht wurde. Denn dies ist nur eine Frage des Innenverhältnisses. Die übrigen Gesellschafter können eine vom Gesellschaftsvertrag abweichende Leistung entweder an Erfüllung Statt (§ 364 BGB) annehmen oder auf Erfüllung der gesellschaftsvertraglichen (Pflicht-)Einlage bestehen. Für die Frage der haftungsbefreienden Wirkung dieser Vermögenszuführung ist dies ohne Belang. Im Gegensatz zum Recht der Kapitalgesellschaften (vgl. §§ 5 Abs. 4, 19 Abs. 2 GmbHG, § 27 Abs. 3 AktG) bestehen im Recht der Kommanditgesellschaft nämlich keinerlei Vorschriften, die die Erbringung einer Sachleistung bei einer Bareinlageverpflichtung im Gläubigerinteresse ausschließen. Der für die Kapitalgesellschaften geltende Grundsatz, daß Bareinlageverpflichtungen nicht durch Sachleistungen erfüllt werden können, gilt für die Kommanditgesellschaft nicht ²⁾. Das richtig verstandene Interesse der Gläubiger einer Kommanditgesellschaft kann deshalb nicht dahingehen, daß ein Kommanditist die der Gesellschaft geschuldete (Pflicht-)Einlage leistet, sondern, daß er ihr Werte in Höhe des im Handelsregister eingetragenen Haftbetrages zuführt. Diesem Interesse kann aber schon dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, daß der Kommanditist nur in Höhe des wahren Wertes der zugeführten Leistung von seiner Haftung befreit wird ³⁾.

-
- 1) So aber K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 24; krit. auch Keuk, ZHR 135 (1971), S. 410 (413).
 - 2) BGHZ 39, 319 (329); Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13.
 - 3) Nur unter dieser Voraussetzung läßt die hM eine Haftungsbefreiung durch Sacheinlage zu, vgl. Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13; Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 13.

Es läßt sich aber noch ein weiteres Argument gegen die Vertragstheorie anführen. Wenn als Einlage nur eine Leistung erbracht werden kann, die auch als Einlage geschuldet wird, wie die Vertragstheorie annimmt, dann ist es konsequenterweise auch einem Kommanditisten, der nach dem Gesellschaftsvertrag von einer Einlageverpflichtung befreit ist, verwehrt, überhaupt eine Haftungsbefreiung durch Einlageleistung herbeizuführen. Er kann seine persönliche Haftung nicht ausschließen.

Das gleiche Problem stellt sich auch, wenn der Kommanditist im Gesellschaftsvertrag zwar eine Einlage leisten muß, diese Einlage auch erbracht hat, aber eine Überbewertung vorgenommen wurde, so daß ihr aus dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes nur eine beschränkte haftungsbefreiende Wirkung zukommt. Soll es diesem Kommanditisten dann nicht gestattet werden, sich durch weitere Leistungen von seiner persönlichen Haftung zu befreien? Diese Konsequenz wird selbst nicht von Anhängern der Vertragstheorie gezogen. K. Schmidt ¹⁾ sieht dies als "Ausnahmefall" an und bejaht die Möglichkeit, auch durch eine Leistung an die Gesellschaft, die nicht als Einlage geschuldet wird, die haftungsbefreiende Wirkung des § 171 Abs. 1, 2. Halbs. herbeizuführen ²⁾. Wie dieser "Ausnahmefall" aber letztlich mit der Vertragstheorie vereinbar ist, bleibt unklar ³⁾.

-
- 1) In Einlage und Haftung, S. 40.
 - 2) K. Schmidt, aaO, S. 9; diese Leistung könne aber vorbehaltlich der Annahme an Erfüllung Statt nur in Geld erbracht werden.
 - 3) K. Schmidt hierin nicht die Zahlung einer Einlageleistung, sondern eine Zahlung "auf die Haftung", vgl. aaO, S. 40 Anm. 2. Dies läßt sich aber schwerlich mit dem ansonsten von ihm konzipierten Dualsystem haftungsbefreiender Tatbestände vereinbaren, wonach sich der Kommanditist grundsätzlich nur durch Leistung der Einlage oder "durch Erschöpfung der summenmäßig begrenzten Kommanditistenhaftung durch Gläubigerbefriedigung" von seiner Haftung befreien könne, vgl. aaO, S. 4. Denn eine "Zahlung auf die Haftung" ist weder Einlageleistung noch eigentlich Gläubigerbefriedigung.

2. Modifizierte Verrechnungstheorie

Erscheint demnach die Verrechnungstheorie jedenfalls im Ansatz als die bessere Lösung, so bedarf die übliche Formulierung, eine haftungsbefreiende Leistung liege vor, wenn auf Kosten des Kommanditisten eine Vermögensvermehrung erfolgt sei, einer Ergänzung ¹⁾. Es gilt nämlich die Fälle auszuschneiden, in denen der Kommanditist der Gesellschaft aufgrund eines besonderen Schuldverhältnisses eine Leistung, beispielsweise die Zahlung eines Kaufpreises oder einer Darlehensvaluta, erbracht hat. Anderenfalls würde jede Vermögensbewegung zwischen Kommanditist und Gesellschaft zu einer Veränderung der Haftung des Kommanditisten führen. Ganz abgesehen davon, daß der Kommanditist bei derartigen Geschäften der Gesellschaft keine Einlage zuführen, sondern nur seiner Verpflichtung aus anderen Rechtsgeschäften nachkommen will, hätte eine solche Handhabung für die Gläubiger mehr Nachteile als Vorteile. Für sie wäre es insbesondere bei häufigen Verkehrsgeschäften zwischen Gesellschaft und Kommanditist noch undurchsichtiger, ob der Kommanditist durch Leistungen an die Gesellschaft von seiner persönlichen Haftung befreit ist. Denn der Kommanditist braucht dem Gläubiger nicht schon vor Klageerhebung nachzuweisen, daß er die Einlage geleistet hat ²⁾.

- 1) Für eine Präzisierung hat sich bereits Günter, aaO, S. 14 ff. ausgesprochen. Er will darauf abstellen, welche Zweckbestimmung die Partner im Zusammenhang mit der Leistung getroffen haben. Inhalt der Zweckvereinbarung müsse sein, daß der Kommanditist mit dem von ihm eingebrachten Vermögen an Gewinn und Verlust der Gesellschaft teilnehmen soll, vgl. S. 17. Günter geht es vor allem darum, dem Kommanditisten, der mangels Einlageverpflichtung über keine Aufrechnungsmöglichkeit verfügt, eine bspw. an die Gesellschaft gezahlte Darlehensvaluta als Einlage belassen zu können, vgl. S. 16.
- 2) Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 26; Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 33; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 33. Allein das dem Kommanditisten zugebilligte Auskunftsrecht aus § 242 BGB dürfte im Rahmen intensiver Geschäftsbeziehungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft wenig hilfreich sein, da es dem Gläubiger unmöglich und unzumutbar ist, sämtliche Leistungen kontokorrentartig zu erfassen und in seinem Klageantrag entsprechend zu berücksichtigen.

Der Gläubiger liefe demnach erhöhte Gefahr, im Prozeß dem Einwand haftungsbefreiender Leistung ausgesetzt zu sein, mit der Folge, die Prozeßkosten tragen zu müssen.

Ob eine Leistung in Erfüllung einer besonderen schuldrechtlichen Verpflichtung erfolgt ist oder zu einer Anrechnung auf den Haftbetrag führt, bedarf einer eindeutigen Abgrenzung. Sie läßt sich jeweils danach vornehmen, welche Leistungsbestimmung der Kommanditist bei der Zuwendung von Vermögenswerten an die Gesellschaft trifft (vgl. § 366 Abs. 1 BGB). Gibt der Kommanditist ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen ¹⁾, daß er durch die Leistung einen Kaufvertrag erfüllen will, kann die Leistung nicht auf die Haftung angerechnet werden. Liegt seiner Leistung aber weder eine besondere verkehrsgeschäftliche oder gesellschaftliche causa zugrunde, so wird der Kommanditist in Höhe der objektiven Wertzuführung von seiner persönlichen Haftung frei. Gleichgültig ist hierbei, ob der Kommanditist gerade die gesellschaftsvertraglich geschuldete Einlageleistung erbringt. Denn der Gläubiger wird genügend dadurch geschützt, daß die Haftungsbefreiung nur in Höhe des objektiven Leistungswertes erfolgt. Wird eine Verrechnungstheorie demnach so verstanden, daß sie nur Wertzuführungen in das Gesellschaftsvermögen als haftungsbefreiende Einlageleistung ansieht, denen keine andere Verpflichtung des Kommanditisten zugrunde liegt, so ist ihr eine Inkonsequenz nicht mehr vorzuwerfen.

Aufgrund gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen über die Art der zu erbringenden Einlage wird somit die haftungsbefreiende Wirkung der Leistung nicht eingeschränkt, wenn der Kommanditist der Gesellschaft

1) Etwa durch Zahlung des genauen Betrages einer der Schuldsummen, vgl. OLG Köln, MDR 1969, 482; BGH WM 1973, 461.

auf andere Art und Weise als im Gesellschaftsvertrag vorgesehen Vermögenswerte zuführt.

3. Einlagenbewertung

Da der Kommanditist seine Einlage nicht nur durch Zahlung von Geld, sondern auch durch Leistung anderer Vermögenswerte erbringen kann, entsteht zwangsläufig das Problem der Bewertung. Während im Innenverhältnis für die Leistung der Pflichteinlage auch in Bewertungsfragen weitgehend Vertragsfreiheit herrscht, und allenfalls eine Bindung an die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung besteht, kommt es im Außenverhältnis für die Frage der haftungsbefreienden Wirkung nach übereinstimmender Auffassung auf den wirklichen Wert der Leistung im Zeitpunkt der Einbringung in das Gesellschaftsvermögen an ¹⁾. In den Motiven ²⁾ heißt es dazu, "eine solche Leistung sei den Gesellschaftsgläubigern gegenüber selbstverständlich nur insoweit wirksam, als die eingebrachten Gegenstände den Wert des festgesetzten Einlagebetrages wirklich erreichen". Börsennotierten Werten, wie beispielsweise Wertpapieren oder Rohstoffen, ist deshalb der Kurswert am Tage der Einbringung zugrunde zu legen. Im übrigen gilt der Wert, den die Leistung nach objektiven Bewertungsmaßstäben für die Gesellschaft hat ³⁾. Richtig erscheint hierbei, danach zu differenzieren, ob der geleistete Gegenstand für die Erfüllung des Gesellschaftszwecks als Anlage- oder Betriebsvermögen in Betracht kommt oder versilbert werden muß. Im ersten Fall ist der Beschaffungswert maßgebend,

-
- 1) Vgl. Huber, S. 209; Sudhoff, S. 113; Schilling in Großkomm. HGB; im Prozeß trägt der Kommanditist hierfür die Beweislast, vgl. BGH WM 1977, 167 (168); allgemein zu den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung, Leffson, GoB, S. 1 ff.
 - 2) Hahn/Mugdan, S. 281.
 - 3) Vgl. H. Westermann, Handbuch I, Rz. 925.

da die Gesellschaft in Höhe dieses Betrages Aufwendungen erspart hat, während sonst von dem geringeren Verkaufswert auszugehen ist ¹⁾. Bringt der Kommanditist Forderungen in die Gesellschaft ein, so ist unter Umständen ein Abschlag entsprechend ihrer Realisierbarkeit vorzunehmen ²⁾.

Der Kommanditist unterliegt soweit keinen Beschränkungen, wie er seine persönliche Haftung ausschließt; aus Gründen des Gläubigerschutzes muß aber stets eine Bewertung nach objektiven Wertungsmaßstäben erfolgen.

IV. Einlagenrückgewähr

Nach § 172 Abs. 4 lebt die Haftung des Kommanditisten wieder auf, wenn die Einlage zurückbezahlt wird. Die Vorschrift ist das Korrelat zu § 171 Abs. 1, 2. Halbs. Sie stellt sicher, daß der Kommanditist den Gläubigern erneut persönlich haftet, wenn ein auf die Haftung geleisteter Betrag an ihn zurückbezahlt wird.

Entsprechend der Terminologie bei der Einlagenaufbringung kann auch hier wieder zwischen Vertragstheorie und Verrechnungstheorie unterschieden werden, wenn es um die Frage geht, wann eine Einlage i.S. des § 172 Abs. 4 zurückgezahlt wird. Nach der Vertragstheorie liegt eine Rückzahlung folgerichtig nur vor, wenn der Kommanditist die nach dem Gesellschaftsvertrag geschuldete und auch erbrachte Leistung zurück erhält. Keuk ³⁾ kommt denn auch zu dem bemerkenswerten Ergebnis, daß die Haftung des Kommanditisten

-
- 1) Gursky, DB 1978, 1261 (1265); Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 14; Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 6; grds. aber für Veräußerungswert, soweit es sich nicht um Dienstleistungen oder ähnliches handelt, H. Westermann, Handbuch I, Rz. 925; Kornblum, S. 215; für Wiederbeschaffungswert, Sudhoff, S. 21.
 - 2) Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 14.
 - 3) ZHR 135 (1971), 410 (420).

selbst dann nicht wieder auflebe, wenn dieser Geld unbefugt der Gesellschaftskasse entnommen habe.

Die Verrechnungstheorie hingen muß sämtliche Wertbewegungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft wiederum kontokorrentartig auffassen. Auch außergesellschaftliche Wertbewegungen fallen deshalb unter den Anwendungsbereich des § 172 Abs. 4. Jeder Vermögensfluß von der Gesellschaft an den Kommanditisten läßt danach die Haftung wiederaufleben.

Versucht man die hM in diese Systematik einzuordnen, so wird man sie im Sinn der Verrechnungstheorie zu deuten haben. Sie sieht eine Rückzahlung in jeder Zuwendung an den Kommanditisten, wenn hierdurch der Gesellschaft Vermögenswerte entzogen werden, ohne daß ihr eine gleichwertige Gegenleistung zufließt ¹⁾. Hierunter soll auch die Gewährung eines Darlehens oder die Lieferung von Waren aufgrund eines Kaufvertrages bei Stundung oder Kreditierung des Kaufpreises fallen ²⁾. Daß die Gesellschaft bei diesen Geschäften einen Gegenanspruch erhält, wird als unerheblich angesehen. Anders als bei der Einlagenaufbringung ³⁾ mißt die hM damit bei der Einlagenrückgewähr auch Vermögensbewegungen, die aufgrund von Verkehrsgeschäften zwischen Gesellschaft und Kommanditist

-
- 1) Schilling in Großkomm. HGB, § 172 Anm. 29; Weipert in HGB-RGRK, § 172 Anm. 28; Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 172 Anm. 9; BGHZ 39, 319 (331); BGHZ 47, 149 (156).
 - 2) Schlegelberger-Geßler, HGB, § 172 Anm. 14; Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 172 Anm. 8.
 - 3) Vgl. o.S. 12 f.

erfolgen, unmittelbare haftungsrechtliche Bedeutung zu. Selbst eine echte umsatzgeschäftliche Leistung der Gesellschaft an den Kommanditisten soll eine Rückzahlung im Sinn von § 172 Abs. 4 sein und die Haftung des Kommanditisten wiederaufleben lassen.

Die hM schließt damit von vornherein die Möglichkeit aus, daß Rückzahlungen in die Form von Umgehungsgeschäften gekleidet werden. Wenn ein Kommanditist der Gesellschaft einen Vermögenswert mit haftungsbefreiender Wirkung zugeführt hat, und ihm anschließend in gleicher Höhe ein Darlehen gewährt wird, so ist die Einlage mit Mitteln der Gesellschaft bewirkt. Es fehlt dann an einer Einlage des Kommanditisten. Die Gefahr von Umgehungsgeschäften zwingt aber nicht dazu, sämtliche Umsatzgeschäfte, bei denen der Kommanditist von der Gesellschaft eine Leistung ohne sofort fällige Gegenleistung erhält, als Rückgewähr der Einlage anzusehen. Richtiger dürfte es sein, jeweils auf den Einzelfall abzustellen ¹⁾. Erst wenn sich aufgrund besonderer Umstände ergibt, daß eine verdeckte Einlagenrückgewähr durch Einkleidung in die Form eines Verkehrsgeschäftes vorliegt, muß dies zu einem Wiederaufleben der persönlichen Haftung des Kommanditisten führen. Denn dann steht fest, daß der Kommanditist die geleistete Einlage nur mit Mitteln der Gesellschaft aufrechterhalten kann. Anhaltspunkte hierfür können der zeitliche Zusammenhang oder die identische Höhe von Einlage und Darlehen

1) So mit Recht H. Westermann, Handbuch I, Rz. 926; Kornblum, Haftung der Gesellschafter, S. 256; so offensichtlich aber auch Schilling aaO, § 172 Anm. 29 a.E. und Weipert, aaO, § 172 Anm. 29.

sein. Gegen ein echtes Umsatzgeschäft kann auch sprechen, daß eine Schuld ohne sachgerechten Grund entgegen den sonstigen Gewohnheiten für einen längeren Zeitraum gestundet wird ¹⁾.

Aus denselben Gründen wie bei der Aufbringung der Einlage sollten auch bei der Frage ihrer Rückgewähr Leistungen, die zur Erfüllung einer besonderen Verpflichtung erfolgen, grundsätzlich unberücksichtigt bleiben. Dies bietet zudem den Vorteil eines einheitlichen Konzepts in § 171 Abs. 1, 2. Halbs. und § 172 Abs. 4. Eine modifizierte Verrechnungstheorie müßte eine Einlagenrückgewähr demnach definieren als Vermögenszuwachs des Kommanditisten zu Lasten des Gesellschaftsvermögens, ohne daß der Leistung eine besondere Verpflichtung der Gesellschaft zugrunde liegt. Nur bei Umgehungsgeschäften ist zum Gläubigerschutz eine Einlagenrückzahlung auch dann anzunehmen, wenn der Leistung der Gesellschaft eine besondere Verpflichtung zugrunde liegt.

V. Haftung des Kommanditisten im Konkurs der Gesellschaft

Nach § 171 Abs. 2 wird während des Konkursverfahrens das den Gesellschaftsgläubigern nach Absatz 1 zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt. Da es in § 171 Abs. 1 um die haftungsbefreiende Leistung der Vermögenseinlage geht, wird dem Konkursverwalter aufgrund dieser Vorschrift auch "nur" der Anspruch auf Leistung der Haftsumme zugebilligt. Der Anspruch auf die gesellschaftsvertraglich geschuldete (Pflicht-) Einlage wird hiervon nicht erfaßt ²⁾. Im Konkurs

1) Vgl. Kornblum, Haftung d. Gesellschafter, S. 256.

2) Hat der Kommanditist auch noch nicht die Pflichteinlage erbracht, so gehört diese rückständige Einlage zu dem vom Konkurs umfaßten Gesellschaftsvermögen (§ 1 KO), die vom Konkursverwalter nach § 6 KO einzufordern ist, vgl. Jaeger-Weber, KO, §§ 209, 210, Anm. 31.

der Gesellschaft ist ein Kommanditist dem Anspruch aus § 171 Abs. 2 nur ausgesetzt, wenn er seine Hafteinlage noch nicht oder nicht mit haftungsbefreiender Wirkung erbracht hat, oder ihm seine Einlage i.S. des § 172 Abs. 4 rückgewährt wird. Denn nur dann besteht ein Recht der Gläubiger, das im Konkurs vom Konkursverwalter geltend gemacht werden kann. Der Zweck des § 171 Abs. 2 besteht darin, den Gläubigern im Konkurs der Gesellschaft ein gleichmäßiges Befriedigungsrecht auch hinsichtlich einer rückständigen Hafteinlage zu gewährleisten ¹⁾. Seinen Ausdruck findet dies darin, daß es einerseits mit Eröffnung des Konkursverfahrens einem Gläubiger der Gesellschaft verwehrt ist, den Kommanditisten persönlich in Anspruch zu nehmen, andererseits aber auch der Kommanditist nicht mehr mit haftungsbefreiender Wirkung an einen Gesellschaftsgläubiger leisten kann ²⁾. Die Gläubiger müssen ihre Ansprüche im Konkursverfahren anmelden, der Kommanditist kann haftungsbefreiend nur noch an den Konkursverwalter zahlen.

Gleichwohl gehört der vom Konkursverwalter nach § 171 Abs. 2 verfolgte Anspruch, anders als der Anspruch auf Leistung der Pflichteinlage, nicht zur Konkursmasse ³⁾. Denn diese Vorschrift begründet keinen

-
- 1) Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 35.
 - 2) Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 36; Weipert, aaO, § 171 Anm. 36; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 31, 33.
 - 3) BGH NJW 1958, 787; BGH NJW 1958, 1139; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 209 Rdn. 15; Jaeger-Weber, KO §§ 209, 210, Anm. 32, 33; Kuhn, Sonderbeil. zu WM 1/1978, 9; a.A. Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 38; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 30 unter Berufung auf OLG Karlsruhe OLGE 11, 407.

gesetzlichen Forderungsübergang ¹⁾. Um dem Zweck gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung gerecht zu werden, gewährt das Gesetz dem Konkursverwalter lediglich die Befugnis, die den Gläubigern zustehenden Rechte auszuüben. Der Konkursverwalter macht damit nur Rechte der Gläubiger in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung geltend ²⁾. Er zieht nicht der Gesellschaft zustehende Forderungen ein ³⁾.

Die Unterscheidung wirkt sich aus, wenn sich der Kreis der Konkursgläubiger mit dem Kreis der Gläubiger, denen der Kommanditist nach § 171 Abs. 1 haftet, nicht deckt. Diese Situation tritt beispielsweise ein, wenn ein Kommanditist, der seine Einlage noch nicht erbracht oder zurückerhalten hat, vor dem Konkurs aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Der Konkursverwalter darf dann die vom ausgeschiedenen Kommanditisten eingeforderte Leistung nur zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verwenden, die schon vor dessen Ausscheiden Gläubiger der Gesellschaft waren ⁴⁾. Denn die sogenannten Neugläubiger konnten zu keinem Zeitpunkt mit diesem Kommanditkapital oder einer entsprechenden persönlichen

1) BGH, aaO; Ritter, § 171 Anm. 5 c; Wieland, S. 759 f.; a.A. Staub-Pinner, § 171 Anm. 8, Leven, S. 78 f.

2) BGH, aaO; so aber auch trotz Zurechnung des Anspruchs zur Konkursmasse Schilling, aaO, § 171 Anm. 38; Schlegelberger-Geßler, aaO, § 171 Anm. 30.

3) Nicht geklärt ist hierbei das Verhältnis der Gesellschaftler untereinander; Kohler, AcP 95, 339 (344), nimmt Gesamtberechtigung an; Flechtheim, in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 15, spricht von einer Art Rechts- und Interessengemeinschaft.

4) Vgl. BGHZ 27, 51 (55); BGHZ 39, 319 (321); Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 42; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 36; Schumann, JZ 1958, 427; Kohler, AcP 95, 339 (344); a.A. Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 17; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 42.

Haftung des Ausgeschiedenen rechnen ¹⁾. Die vom Konkursverwalter in Ausübung des § 171 Abs. 2 erhaltenen Leistungen bilden demnach eine Sondermasse innerhalb des Konkursverfahrens, die nur auf die Altgläubiger zu verteilen ist ²⁾. Sie ist aber nicht zweckgebundener Teil der Konkursmasse selbst, da dies einen Forderungsübergang von den Gläubigern auf die Gesellschaft voraussetzen würde ³⁾. Allerdings wird man auf sie die konkursrechtlichen Regeln entsprechend anwenden können, da hier gleiche Ziele verfolgt werden ⁴⁾.

§ 2 Die Haftungsbefreiung durch Aufrechnung mit Forderungen des Kommanditisten

I. Abgrenzung

Wenn im folgenden von der Aufrechnung als Instrument der Haftungsbefreiung die Rede ist, so geht es hierbei stets um eine Aufrechnung des Kommanditisten gegenüber der Gesellschaft. Der Kommanditist hat ent-

- 1) Wiedemann in Festschrift Bärmann, S. 1037 (1039).
- 2) Jaeger-Weber, KO, §§ 209, 210 Anm. 32, 33; Unger, KTS 1960, 33 (37), der von einer besonderen den Altgläubigern vorbehaltenen Teilungsmasse spricht; ähnlich Schlegelberger-Geßler, aaO, Wiedemann, aaO, wonach es sich um einen "Sonderfonds" handele; vgl. auch BGH WM 1978, 671 (673); a.A. Flechtheim, aaO, Weipert, aaO, wonach das Geleistete in die einheitliche Konkursmasse zur verhältnismäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger fließt.
- 3) Wenig überzeugend K.Schmidt, Einlage und Haftung, S. 139, der von der Vorstellung ausgeht, daß der Betrag als zweckgebundene Summe in die Masse gelangt und in Abweichung von den Regeln der Konkursordnung vorweg an die Altgläubiger zu verteilen sei.
- 4) Zutreffend Jaeger-Weber, KO, §§ 209, 210 Anm. 33.

weder aufgrund eines normalen Verkehrsgeschäftes oder aufgrund von Leistungen, die ihren Rechtsgrund im innergesellschaftlichen Bereich finden und zum Entstehen eines sogenannten Sozialanspruchs ¹⁾ führen, eine Forderung gegen die Kommanditgesellschaft. Mit dieser Forderung rechnet er gegen die Einlageforderung der Gesellschaft auf.

Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der Kommanditist mit Forderungen gegenüber Gesellschaftsgläubigern aufrechnet. Eine derartige Aufrechnung ist ein Unterfall der Haftungsbefreiung durch Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern (§ 171 Abs. 1, 1. Halbs.). Ebenso wie der Kommanditist die Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Gläubiger tilgen oder eine Leistung an Erfüllung Statt (§ 364 BGB) erbringen kann, kann er einen Gesellschaftsgläubiger auch dadurch befriedigen, daß er mit einer ihm gegen diesen Gläubiger zustehenden Forderung gegen dessen Haftungsanspruch aufrechnet ²⁾; auch dadurch wird das Gesellschaftsvermögen in Höhe der getilgten Schuld vermehrt ³⁾.

Wie sich noch zeigen wird, kommt der Unterscheidung, ob es sich um Haftungsbefreiung durch Gläubigerbefriedigung oder um Haftungsbefreiung durch Einlageleistung handelt, besondere Bedeutung zu, wenn es um Fragen der Bewertung dieser Leistungen geht ⁴⁾.

II. Die Aufrechnung als taugliches Mittel haftungsbefreiender Einlageleistung

Vergleicht man die verschiedenen Möglichkeiten des Kommanditisten, sich von seiner persönlichen Haftung durch Leistung der Einlage zu befreien, so erscheinen

-
- 1) Vgl. näheres bei Hueck, § 16 III 7, S. 85.
 - 2) Vgl. BGHZ 42, 193; Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 24; Schlegelberger-Geßler, HGB § 171 Anm. 20; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 25.
 - 3) Vgl. o.S. 9.
 - 4) Vgl. unten S. 77 f.

allein die mit der Einlageleistung durch Aufrechnung entstehenden Fragen noch ungelöst. Die Diskussion geht hierbei nicht um ihre Zulässigkeit. Denn seit einer Entscheidung des Reichsgerichts im Jahr 1881 ¹⁾ wird die Möglichkeit des Kommanditisten, sich von seiner persönlichen Haftung durch Aufrechnung mit Forderungen gegen die Gesellschaft zu befreien, nicht mehr in Zweifel gezogen. Aus Praktikabilitätsgesichtspunkten soll ein unnötiges Hin und Her von Zahlungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft vermieden werden ²⁾. Auch das Schweigen des Gesetzes spricht für die Zulässigkeit der Aufrechnung; anders als im Recht der Kapitalgesellschaften (§ 19 Abs. 2 GmbHG, § 66 Abs. 1 Satz 2 AktG) finden sich im Recht der Kommanditgesellschaft keine Bestimmungen, die eine Aufrechnung verbieten.

Kontrovers sind heute vielmehr die Ansichten darüber, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Aufrechnung den Kommanditisten von seiner Haftung befreit. Erlöschen die Forderungen in Höhe des Nennwertes oder ist wie bei Sacheinlagen der objektive Wert maßgebend? Schwierigkeiten entstehen vor allem dann, wenn der Kommanditist mit einer in Anbetracht der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft wertlosen Forderung haftungsbefreiend aufrechnen will. Hierauf wird im einzelnen noch zurückzukommen sein ³⁾.

III. Das Problem der Gegenseitigkeit der Forderungen

In Ermangelung besonderer Vorschriften finden nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 die §§ 387 ff. BGB auf die Aufrechnung zwischen Kommanditist und Gesellschaft

1) RG Gruchot 26, 718.

2) Vgl. BGHZ 51, 391 (395).

3) Vgl. unten S. 32 ff.

Anwendung. Es gilt deshalb auch hier gemäß § 387 BGB das Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen, daß heißt der Schuldner der einen Forderung muß Gläubiger der anderen Forderung sein. Keine Probleme entstehen hierbei, wenn es um die Erfüllung der Pflichteinlage geht. Denn Gläubigerin der Einlageforderung ist die Gesellschaft. Hat der Kommanditist seinerseits ebenfalls eine Forderung gegen die Gesellschaft, so stehen sich Kommanditist und Gesellschaft jeweils als Gläubiger und Schuldner gegenüber. Wenn der Kommanditist mit seiner Forderung gegen die Gesellschaft aufrechnet, so kann er damit die innergesellschaftliche Einlageschuld erfüllen. Vorbehaltlich der Anwendung irgendwelcher Bewertungsgrundsätze wird er damit zugleich im Außenverhältnis von seiner persönlichen Haftung frei (§ 171 Abs. 1, 2. Halbs.) ¹⁾.

Wie verhält es sich aber, wenn der Kommanditist mit einer gegen die Gesellschaft bestehenden Forderung nur gegen den Hafteinlageanspruch aufrechnen will? Auf den ersten Blick mag ein derartiges Verlangen unverständlich erscheinen und nur geringe praktische Bedeutung zugemessen werden. Ein Bedürfnis des Kommanditisten, auch isoliert gegen die Hafteinlage aufrechnen zu können, kann sich einmal dann ergeben, wenn er aufgrund des Gesellschaftsvertrages zur Erbringung einer Sacheinlage verpflichtet ist, diese Leistung ihm unmöglich ist, er sich aber durch Aufrechnung mit einer ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Forderung von seiner beschränkt persönlichen Haftung befreien will. Auch kann es sein, daß der Kommanditist entsprechend der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung eine Sacheinlage erbracht hat, die aber überbewertet wurde und deshalb seine

1) Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13a; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13; RGZ 63, 265 (267); BGHZ 51, 391 (393).

Haftung nicht völlig ausgeschlossen hat ¹⁾. Besondere Bedeutung gewinnt vorstehende Frage im Konkurs der Gesellschaft. Hier besteht ein erhebliches Interesse des Kommanditisten daran, mit einer bereits vor Eröffnung des Konkursverfahrens erworbenen Forderung gegen die vom Konkursverwalter geltend gemachte Haften einlage aufzurechnen.

Nach § 171 Abs. 1, 1. Halbs. ist der Kommanditist hinsichtlich der Haften einlage nicht Schuldner der Gesellschaft, sondern der Gesellschaftsgläubiger ²⁾. Damit fehlt es an der Gegenseitigkeit der Forderungen, so daß der Kommanditist in diesen Fällen nicht aufrechnen könnte. Die Ausführungen in Rechtsprechung und Schrifttum lassen aber nahezu einmütig das Bestreben erkennen, dem Kommanditisten jedenfalls im Konkurs der Gesellschaft die Aufrechnung gegenüber dem vom Konkursverwalter geltend gemachten Haftungsanspruch zu ermöglichen ³⁾. Allerdings sind die für die Zulässigkeit der Aufrechnung angeführten Gründe recht unterschiedlicher Natur. Während zum Teil mehr oder weniger ausdrücklich mit Eröffnung des Konkursverfahrens ein Forderungsübergang des Haftungsanspruchs auf die Gesellschaft angenommen

-
- 1) Vgl. hierzu auch BGH NJW 1976, 418 (419), wo der Kommanditist seine Einlage vereinbarungsgemäß durch Verrechnung mit eigenen Forderungen geleistet hatte, was aber nicht zu einer Haftungsbefreiung geführt hatte, so daß er nun isoliert gegen den Haftungsanspruch aufrechnet.
 - 2) BGHZ 58, 72 (76); Kuhn, Sonderbeil. WM 1/78, 10; K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 160.
 - 3) RGZ 37, 82 (87); BGHZ 58, 72 (75); Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 16; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 40; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 209, Rdn. 15 (b3); Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 34; Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 40; Leven, S. 102 ff.; Tschierschke, S. 86 f.; Bedenken wegen § 55 Nr. 1 KO bei Jaeger-Weber, KO, §§ 209, 210 Anm. 31; a.A. auch Keuk, ZHR 135 (1971), 410 (434).

wird ¹⁾, will die überwiegende Auffassung § 387 BGB entsprechend anwenden ²⁾. Begründet wird dies mit einer ähnlichen Interessenlage, weil sich der Kommanditist auch außerhalb des Konkursverfahrens durch Zahlung an die Gesellschaftskasse von seiner Haftung nach § 171 Abs. 1 befreien könne und das Gesellschaftsvermögen hierdurch ebenso wie durch eine Zahlung vermehrt werde ³⁾. Was gegen die Annahme einer cessio legis in § 171 Abs. 2 spricht, wurde an anderer Stelle schon ausgeführt ⁴⁾. Die entsprechende Anwendung des § 387 BGB bietet darüber hinaus den Vorteil, dem Kommanditisten auch außerhalb des Gesellschaftskonkurses eine isolierte Aufrechnung gegen den Haftungsanspruch zu ermöglichen. Denn selbst unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen wäre es nicht verständlich, ihm die Erbringung einer haftungsbefreienden Leistung zu versagen, nur weil er im Innenverhältnis nicht oder nicht mehr zu einer Einlageleistung verpflichtet ist ⁵⁾. Zudem dürften sich nach Eröffnung des Konkurses die sich aus § 55 Nr. 1 KO ergebenden Bedenken einer Aufrechnung gegen den Haftungsanspruch des Konkursverwalters nur dadurch beseitigen lassen, daß man dem Kommanditisten auch schon vor Konkurseröffnung eine Aufrechnung gestattet. Mit Recht hat der BGH deshalb in einer neueren Entscheidung ⁶⁾ eine Aufrechnung des Kommanditisten gegen den Haftungsanspruch aus § 171 Abs. 1 auch außerhalb eines Konkursverfahrens zugelassen. Es handelte sich hier darum, daß der Kommanditist seine Einlage durch Verrechnung mit eigenen Forderungen

-
- 1) Leven, S. 78 f.; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 40 u. Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 40 gehen ohne nähere Begründung davon aus, daß der Haftungsanspruch der Gesellschaft zustehe.
 - 2) BGHZ 58, (75 f.); Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 10; K. Schmidt, Einlage und Haftung S. 161.
 - 3) BGHZ 58, 72 (76).
 - 4) Vgl. o.S. 23 f.
 - 5) Vgl. auch K. Schmidt, aaO, S. 10.
 - 6) NJW 1976, 418 (419).

geleistet hatte, der der BGH aber in einer früheren Entscheidung ¹⁾ keine haftungsbefreiende Wirkung zuerkannt hatte. Allerdings wollte der BGH eine Aufrechnung gegen den Haftungsanspruch zunächst nur zulassen, wenn der Kommanditist der Gesellschaft noch angehört und sich der Kreis der Konkursgläubiger und der Kreis der Gläubiger, denen der Kommanditist haftet, decken ²⁾. Von einer derartigen Einschränkung sieht der BGH nunmehr zu Recht ab ³⁾. Denn insbesondere für den ausgeschiedenen Gesellschafter besteht ein Bedürfnis, gegen den Haftungsanspruch der Altgläubiger aufrechnen zu können, da er der Gesellschaft keine Einlage mehr schuldet und infolgedessen nur auf die Haftung zahlen kann ⁴⁾.

1) BGHZ 61, 59 ff.

2) Vgl. BGHZ 58, 72 (75).

3) BGH WM 1980, 1191 (1192).

4) Treffend K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 161; a.A. wegen fehlender Gegenseitigkeit Jaeger-Weber, KO, §§ 209, 210 Anm. 31 (S. 780).

TEIL II

Forderungsbewertung und Haftungsverfassung der Kommanditgesellschaft

§ 1 Das Problem der Forderungsbewertung bei Einlage- leistung durch Aufrechnung

I. Nennwertaufrechnung oder Verkehrswertaufrechnung als mögliche Prinzipien

Das Problem der Forderungsbewertung stellt sich immer dann, wenn der Kommanditist mit einer Forderung gegen den Einlageanspruch aufrechnet, die in Anbetracht der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft nicht mehr vollwertig ist.

Auch hier geht es nicht um eine Bewertung der innergesellschaftlich geschuldeten Pflichteinlage. Denn es herrscht grundsätzlich wie bei allen Einlageleistungen Vertragsfreiheit ¹⁾. Deshalb ist es den Gesellschaftern auch im speziellen Fall der Einlageleistung durch Aufrechnung mit Forderungen gegen die Gesellschaft unbenommen, die innergesellschaftliche Einlageschuld in Höhe des Nennwertes der Forderung als erfüllt anzusehen. Die Schwierigkeiten bestehen in der Beantwortung der Frage, in welchem Umfang der Kommanditist hierdurch auch von seiner persönlichen Haftung gegenüber den Gläubigern befreit wird, inwieweit also der Haftungsanspruch der Gläubiger erfüllt wird.

1) Vgl. S. 18.

Die Antwort wird man vergeblich im Gesetz suchen. Die §§ 387 ff BGB gehen als selbstverständlich davon aus, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, zu ihrem Nennwert erlöschen. Soll hier etwas anderes gelten, so wird sich eine Rechtfertigung dafür nur im gesellschaftsrechtlichen Bereich finden lassen, weil der Schutz der Gläubiger besondere Anforderungen an die Bonität der Forderung stellt. Mit Nennwertprinzip läßt sich ein Prinzip kennzeichnen, wonach Forderung und Gegenforderung durch die Aufrechnung stets in Höhe ihres Nennwertes erlöschen. Der Bonität einer Forderung wird dabei keine Bedeutung beigemessen. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, daß durch die Aufrechnung aus einer schlechten Forderung eine gute gemacht werden kann ¹⁾. Dem Kommanditisten, der wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Gesellschaft seine Forderung nicht mehr realisieren kann, ist es gestattet, mit seiner Forderung gegen die Einlageforderung der Gesellschaft zum Nennwert aufzurechnen, und sich so von seiner Haftpflicht zu befreien.

Das Verkehrswertprinzip stellt dagegen für die Frage des Erlöschens des Haftungsanspruchs auf den objektiven Wert der Forderung des Kommanditisten im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ab. Das Verkehrswertprinzip behandelt damit die Einlageleistung mittels Aufrechnung von Gegenforderungen gleich der Einbringung anderer Sachwerte oder Forderungen. Auch hier kommt es für den Umfang der Haftungsbefreiung allein auf den objektiven Wert dieser Leistungen im Zeitpunkt ihrer Einbringung in die Gesellschaft an ²⁾.

1) Vgl. Ritter, § 171 Anm. 20.

2) Vgl. o.S. 18.

II. Meinungsstand

1. Die Rechtsprechung des RG und des BGH

Nachdem das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 25.6.1881 ¹⁾ die Zulässigkeit der Aufrechnung zwecks haftungsbefreiender Einlageleistung bejaht hatte, schenkte es in einer Entscheidung vom 23.11.1886 ²⁾ erstmals dem Grundsatz Beachtung, daß auch bei der Einlageleistung durch Aufrechnung ein wirtschaftlicher Wert in die Gesellschaft gelangen müsse, um ihr haftungsbefreiende Wirkung beimessen zu können. Es ließ eine Aufrechnung mit vom Kommanditisten verauslagten Gründungskosten nicht zu. In einem späteren Urteil v. 11.2.1905 ³⁾ wendete das RG jedoch uneingeschränkt das Nennwertprinzip an. In dieser Sache hatten die Gläubiger, die in das überschuldete Geschäft eines Einzelkaufmanns eingetreten waren, mit diesem vereinbart, die Einlagen sollten durch Aufrechnung mit Darlehensforderungen der Gläubiger gegen ihn erbracht werden. In der Entscheidung heißt es: "Durch solche Aufrechnung und die dadurch herbeigeführte Tilgung der Schuld der Gesellschaft wird die Vermögenslage der Gesellschaft immer verbessert, insofern das Vermögen entlastet wird, auch wenn der Gläubiger aus dem Vermögen volle Befriedigung nicht zu erwarten haben würde".

In der Entscheidung des RG vom 2.5.1906 ⁴⁾ ging es um die Aufrechnung einer Forderung des früheren stillen Gesellschafters und jetzigen Kommanditisten gegen den vom Konkursverwalter geltend gemachten Haftungsanspruch. Diese Verpflichtung war von der KG bei ihrer

1) RG Gruchot 26, 718.

2) RGZ 17, 37 (40).

3) RG Gruchot 49, 977 (978).

4) RGZ 63, 265 ff.

Gründung übernommen worden. Das RG schenkte hier erstmals dem Äquivalenzgedanken ¹⁾ bei der Frage der Zulässigkeit der Nennwertaufrechnung Beachtung. Zu diesem Zweck stellte es vergleichsweise eine Darlehens- und eine Kaufpreisforderung gegenüber. Der Kommanditist, der der Gesellschaft ein Darlehen gewährt habe, könne stets aufrechnen, "weil in der Darlehnssumme ein entsprechender Wert in das Vermögen der Gesellschaft gelangt ist" ²⁾. Hingegen könne der Kommanditist als Gläubiger einer Kaufpreisforderung "nur in Höhe des Wertes des an die Gesellschaft verkauften Gegenstandes aufrechnen" ³⁾. Mit dieser Einschränkung sollte verhindert werden, daß als Forderungsnennwert ein über dem objektiven Wert des geleisteten Kaufgegenstandes liegender Betrag festgesetzt wird und eine Haftungsbefreiung in Höhe dieser Überbewertung erfolgt. Das RG wollte eine Nennwertaufrechnung aber nicht nur durch den Äquivalenzgedanken einschränken, sondern berücksichtigte ansatzweise bereits Sacheinlagegrundsätze. Es machte die Aufrechnung nämlich zusätzlich davon abhängig, daß das Unternehmen bei der Gründung nicht überschuldet war, "weil alsdann anzunehmen ist, daß ein dem vollen Betrage des Geschäftsguthabens entsprechender Vermögenswert der Kommanditgesellschaft von dem Beklagten mittelbar dadurch zugeführt wurde, daß er sein nunmehr von der Kommanditgesellschaft geschuldetes Guthaben nicht einzog" ⁴⁾.

Der BGH hatte sich mit der Frage einer haftungsbefreienden Einlageleistung durch Aufrechnung erstmals in der Entscheidung BGHZ 51, 391 ff. zu befassen.

-
- 1) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 52 spricht von dem "Surrogationsgedanken".
 - 2) RGZ 63, 265 (267).
 - 3) RGZ aaO.
 - 4) RGZ 63, 265 (268); vgl. auch OLG Hamburg, OLGE 8, 258.

Der beklagte Kommanditist hatte mit einer Schadensersatzforderung gegen die Einlageforderung der Gesellschaft aufgerechnet. Der BGH vertrat die Auffassung, daß die Forderungen des Kommanditisten und der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Entstehungszeit und Entstehungsgrund zum Nennwert gegenüberzustellen und auch in dieser Höhe erloschen seien. Damit entschied er sich für das Nennwertprinzip. Zwei Erwägungen sind es, auf die er seine Entscheidung stützte. Als Vergleich zog er einmal die Rechtsfolgen heran, die bei Aufrechnung des Kommanditisten mit Forderungen gegen Gesellschaftsgläubiger eintreten. Hierzu führte der BGH aus: "Befriedigt ein Kommanditist die Schadensersatzforderung eines Gläubigers der KG, was auch durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung gegen diesen Dritten geschehen kann, so erlischt insoweit seine Haftung gegenüber allen Gläubigern. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die getilgte Forderung mit Rücksicht auf die Vermögenslage der Gesellschaft vollwertig ist oder nicht. Denn die unmittelbare Haftung des Kommanditisten soll die Gläubiger gerade gegen die Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens schützen Für die Aufrechnung des Kommanditisten mit einer eigenen Forderung kann nichts anderes gelten ..." ¹⁾.

Neben diesem Argument der Gleichstellung von Kommanditist und Drittgläubiger befürwortete der BGH eine Nennwertaufrechnung aus dem Gesichtspunkt heraus, die Aufrechnung vermeide ein nutzloses Hin- und Herzahlen von Geld. Der Kommanditist könne seine Schadensersatzforderung in bar erhalten und den eingezogenen Betrag bei der KG wieder einzahlen; hierdurch befreie

1) BGHZ 51, 391 (394 f.).

er sich mit Wirkung auch gegenüber der Klägerin von seiner Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB ¹⁾.

In BGHZ 61, 59 ff. schränkte der BGH den scheinbar ausnahmslos geltenden Grundsatz der Nennwertaufrechnung erheblich ein. In dem eingangs geschilderten Sachverhalt ²⁾ ließ der BGH nur hinsichtlich der nach Gründung der KG entstandenen Forderungen eine Nennwertaufrechnung zu, ohne Rücksicht darauf, ob sie angesichts der Vermögenslage der Gesellschaft vollwertig waren ³⁾. Hingegen stellte er bei den Altschulden auf den Verkehrswert dieser Forderungen im Zeitpunkt der Verrechnung ab ⁴⁾. Die unterschiedliche Behandlung sieht der BGH dadurch gerechtfertigt, daß im letzten Fall nicht mit Forderungen gegen die Gesellschaft aufgerechnet, sondern eine Forderung gegen einen anderen Gesellschafter eingebracht worden sei. Bei Einbringung von Forderungen gegen einen Dritten hänge der Umfang der haftungsbefreienden Wirkung aber von ordnungsgemäßer wirtschaftlicher Bewertung ab ⁵⁾. Wörtlich heißt es:

"Nicht anders ist es zu beurteilen, wenn ein Kommanditist eine Forderung im Wege der Aufrechnung "einbringt", die gegen einen anderen Gesellschafter begründet und erst dadurch zu einer gegen die Gesellschaft selbst gerichteten Forderungen geworden ist, daß diese nach dem Gesellschaftsvertrag die Verbindlichkeiten des anderen Gesellschafters als eigene übernommen hat War die Forderung mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage des ursprünglichen Schuldners nicht vollwertig, so kann sie in der Hand des Kommanditisten auch nicht dadurch zu einer mit dem vollen Nennbetrag zu bewertenden Einlage werden, daß die Gesellschaft bei der Gründung die Schuld übernimmt und sie in

1) BGH aaO, vgl. dazu bereits S. 2.

2) Vgl. S. 2 f.

3) BGHZ 61, 59 (70 f.).

4) BGHZ 61, 59 (71).

5) BGH aaO.

ihrer Bilanz in voller Höhe als Passivposten ausweist. Denn der Kommanditist führt in diesem Fall der Gesellschaft insoweit keinen echten Vermögenswert zu, als der wirkliche Wert seiner Forderung hinter dem verbuchten Betrag zurückbleibt, weil in dieser Höhe die Belastung des Gesellschaftsvermögens mit der übernommenen Schuld nicht den wahren Verhältnissen entspricht" ¹⁾.

In seiner letzten Entscheidung zu diesem Problemkreis ²⁾ hat der BGH eine weitere wichtige Einschränkung bei der Nennwertaufrechnung vorgenommen. Hier hatte der Kommanditist mit einer ihm abgetretenen wertlosen Forderung eines Drittgläubigers aufgerechnet. Der BGH unterstrich zwar, am Prinzip der Nennwertaufrechnung festhalten zu wollen, wenn der Kommanditist mit einer Forderung aufrechne, die er außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Beziehung durch Leistung an die Gesellschaft erworben habe ³⁾.

"Es könne aber nicht auf einen Fall wie den vorliegenden ausgedehnt werden, wo der Kommanditist von einem Drittgläubiger (mag dieser zugleich Gesellschafter sein oder nicht) eine wertlose Forderung gegen die Gesellschaft erwirbt und mit ihr aufrechnet. Denn hier hat der aufrechnende Kommanditist nicht unter Inanspruchnahme seines Vermögens das Gesellschaftsvermögen um einen zusätzlichen Wert vermehrt" ⁴⁾.

Bemerkenswert ist hierbei, daß der BGH dem Umstand, ob und in welcher Höhe der Zedent das Gesellschaftsvermögen durch Leistung vermehrt hat, keine Bedeutung zumißt.

Versucht man den heutigen Standpunkt der Rechtsprechung zusammenzufassen, so lassen sich für die

1) BGHZ 61, 59 (71).

2) BGH NJW 1976, 418 (419); es handelt sich hier um die Fortsetzung des in BGHZ 61, 59 ff. veröffentlichten Rechtsstreits, der sich zum zweiten Mal im Revisionsrechtszug befand.

3) BGH NJW 1976, 418 (419).

4) BGH NJW 1976, 418 (419).

Frage der Forderungsbewertung folgende Grundsätze aufstellen:

1. Der Forderungsnennwert muß dem objektiven Wert des der Gesellschaft zugeführten Leistungsgegenstandes entsprechen (Äquivalenzgedanke) ¹⁾.
2. Der Kommanditist kann grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Vollwertigkeit seiner Forderung im Zeitpunkt der Verrechnung zum Nennbetrag aufrechnen (Nennwertprinzip) ²⁾. Hierbei erfolgt keine Einschränkung hinsichtlich Entstehungszeitpunkt ³⁾ und Entstehungsgrund.
3. Das Verkehrswertprinzip ist jedoch anzuwenden, wenn
 - a) die Forderung des Kommanditisten nicht unmittelbar zu Lasten des Gesellschaftsvermögens der KG entstanden, sondern erst durch Übernahme der Verbindlichkeiten der Altgesellschaft durch die KG zu einer Forderung gegen die neu gegründete Kommanditgesellschaft geworden ist ⁴⁾,
 - b) der Kommanditist nicht unter Inanspruchnahme seines Vermögens das Gesellschaftsvermögen um einen zusätzlichen Wert vermehrt hat, er seine Forderung vielmehr von einem Drittgläubiger erworben hat ⁵⁾.

1) RGZ 63, 265 (267).

2) BGHZ 51, 391 (394); BGHZ 61, 59 (70 f.).

3) Anders noch RGZ 63, 265 (267), wonach bei Aufrechnung mit Altschulden auf den Forderungswert im Übernahmezeitpunkt abzustellen ist.

4) BGHZ 61, 59 (70 f.).

5) BGH NJW 1976, 418 (419).

2. Der Standpunkt der herrschenden Lehre

Übereinstimmend findet sich auch im Schrifttum der Gedanke, das Prinzip der Nennwertaufrechnung sei durch den Äquivalenz- oder Surrogationsgedanken zu ergänzen ¹⁾. Will der Kommanditist mit einer Kaufpreisforderung gegen die Einlageforderung der Gesellschaft aufrechnen, so darf der Nennbetrag den Wert des gelieferten Kaufgegenstandes nicht übersteigen; der Kommanditist dürfe durch die Aufrechnung nicht besser gestellt werden als er stünde, wenn er sich nach Lieferung der Kaufsache aufgrund eines Verkehrsgeschäftes mit der Gesellschaft darüber einigte, der Kaufsache solle Einlagewirkung zukommen ²⁾.

Während sich der Äquivalenzgedanke bereits immer im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung auswirkt, stellt sich die Frage der Vollwertigkeit erneut, wenn die Forderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung aufgrund der schlechten Vermögenslage der Gesellschaft wertmäßig hinter dem Nennbetrag zurückbleibt ³⁾. Nach der herrschenden Auffassung im Schrifttum hat eine derartige Verschlechterung der Vermögensverhältnisse völlig außer Betracht zu bleiben. So heißt es übereinstimmend: "Nicht erforderlich ist, daß die zur Aufrechnung verwendete Schuld der Gesellschaft mit Rücksicht auf deren Vermögenslage vollwertig ist, denn durch die Aufrechnung wird die Gesellschaft immer von einer Schuld in Höhe der Einlage befreit" ⁴⁾.

1) Im älteren Schrifttum bereits Ritter, § 171 Anm. 3c; Wieland, S. 763 Anm. 21; Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 11; ferner Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13 a; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 15; Wiedemann, aaO, S. 1042; K. Schmidt, JZ 1974, 219 (221).

2) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 52.

3) Treffend die Differenzierung bei Wiedemann, aaO, S. 1042; zur Frage, ob nicht richtigerweise wegen § 389 BGB auf den Zeitpunkt der Aufrechnungslage abzustellen ist, vgl. S. 84 ff.

4) Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 14; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 15; Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 11.

Bereits Ritter ¹⁾ faßte den Standpunkt so zusammen: "Forderungen, die aufgerechnet werden können, sind immer gut". Dahinter steckt die Überlegung, daß die Forderung des Kommanditisten als Passivposten in voller Höhe in der Bilanz der Gesellschaft erscheine, die Aufrechnung aber zu einer Tilgung dieser Schuld und damit zu einem Vermögenszuwachs der Gesellschaft führe ²⁾. Hierbei stützt man sich auch auf die unterschiedliche Rechtslage bei Personen- und Kapitalgesellschaften. Ein im Recht der Kapitalgesellschaften geltender Rechtssatz, nach dem gegen eine Einlageschuld nur mit vollwertigen Gegenforderungen aufgerechnet werden darf, bestehe für Personengesellschaften nicht ³⁾. Die herrschende Lehre vertritt daher das Nennwertprinzip.

Hiervon macht sie auch in den Fällen keine Ausnahme, in denen der Beitritt des Kommanditisten der Entstehung der Forderung nachfolgt. Diese Situation ergibt sich insbesondere bei sogenannten Sanierungsgründungen, in denen der Gläubiger einer KG beitrifft und mit seinen Altforderungen gegen die Einlageforderung aufrechnet. Geradezu selbstverständlich wird davon ausgegangen, die Gläubiger könnten zwecks Sanierung ihre Forderungen gegen die Gesellschaft in der Weise einbringen, daß sie ihre Einlage durch Aufrechnung mit ihrer Forderung leisten, deren Befriedigung die Gesellschaft übernommen hat ⁴⁾. Flechtheim ⁵⁾ argumentiert, es könne keinen Unterschied machen, ob ein neuer Kommanditist eintrete und den stillen Gesellschafter befriedige oder ob dieser selbst Kommanditist werde und aufrechne. Wieland ⁶⁾ hingegen sieht eine

1) § 171 Anm. 3 c.

2) Vgl. Schlegelberger-Geßler, aaO, § 171 Rdn. 15, 20; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 209 Anm. 15 (S. 928).

3) Schilling, aaO, § 171 Anm. 14; Weipert, aaO, § 171 Anm. 14.

4) Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 20; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 19; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 10.

5) In Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 11.

6) S. 818 Anm. 5.

Rechtfertigung der Nennwertaufrechnung darin, daß der Kommanditist schon vor der Umwandlung oder seinem Beitritt eine Vermögensvermehrung in Höhe der eingetragenen Haftsumme bewirkt hat. Ausreichend ist danach, daß der Kommanditist der Gesellschaft Vermögen zugeführt hat, mag dies auch zu einem Zeitpunkt geschehen sein, als er noch nicht Gesellschafter war.

Demnach läßt sich der Standpunkt der herrschenden Meinung im Schrifttum wie folgt zusammenfassen:

1. Der Forderungsnennwert muß dem objektiven Wert des der Gesellschaft zugeführten Leistungsgegenstandes entsprechen (Äquivalenzgedanke).
2. Es gilt ausnahmslos das Nennwertprinzip, und zwar unabhängig vom Entstehungszeitpunkt und Entstehungsgrund der Forderung des Kommanditisten.
3. Das Prinzip der objektiven Vermögensdeckung

Wiedemann ¹⁾ hat im neueren Schrifttum den Begriff der "objektiven Vermögensdeckung" in das Recht der Kommanditgesellschaft eingeführt und daraus gewisse Einschränkungen bei der Einlageleistung durch Aufrechnung entwickelt. Unter dem Prinzip der objektiven Vermögensdeckung versteht Wiedemann die Verpflichtung des Kommanditisten, "einen der Eintragung wertmäßig wirklich entsprechenden Beitrag, eine reale Vermögenseinlage zu leisten" ²⁾. Dieses Prinzip sieht er hierbei nicht als Instrument allgemeiner Gläubigersicherung. Die gesetzliche Regelung gehe nämlich davon aus, daß der Gläubigerschutz in der Kommanditgesellschaft durch Existenz und Haftung des

1) In Festschrift Bärmann, S. 1037 (1039).

2) AaO, S. 1038, 1042.

Komplementärs gesichert sei ¹⁾. Sinn und Zweck der persönlichen Haftung sieht Wiedemann darin, den Kommanditisten zu veranlassen, dem Unternehmen den versprochenen Vermögensbeitrag zu leisten und später nicht wieder zu entziehen.

Wiedemann mag zwar zuzugestehen sein, daß das Prinzip der objektiven Vermögensdeckung im Grunde genommen allgemein anerkannt ist, wenn üblicherweise gefordert wird, daß der Gesellschaft ein Vermögenswert in Höhe des Haftbetrages zuzuführen sei ²⁾. Neu sind hier aber die Konsequenzen, die Wiedemann hieraus für die Einlageleistung durch Aufrechnung zieht. Besteht nach der hM in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung insoweit Übereinstimmung, als die Forderung des Kommanditisten das Äquivalent für seine Sach- oder Dienstleistung nicht übersteigen dürfe, so verlangt das Prinzip der objektiven Vermögensdeckung zusätzlich die Vollwertigkeit der Forderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ³⁾. Der Kommanditist, der seiner Gesellschaft eine nicht vollwertige Forderung gegen einen Dritten zur Erfüllung seiner Einlage abtrete, müsse sich einen entsprechenden Abschlag gefallen lassen. Für seine eigene - nicht mehr vollwertige - Forderung könne nichts anderes gelten ⁴⁾.

Diese Grundsätze sollen nicht nur bei sogenannten nachträglichen Drittgeschäften - hier entsteht die Forderung des Kommanditisten erst nach seinem Beitritt in die KG -, sondern auch bei Sanierung notleidender Unternehmen gelten, wenn der Kommanditist eine bereits

1) Wiedemann, aaO, S. 1038.

2) Vgl. o.S. 9.

3) Wiedemann, aaO, S. 1043.

4) AaO, S. 1043.

bestehende Forderung gegen die Gesellschaft einbringt oder eine Geldeinlage vereinbart und dann mit seiner Forderung aufrechnet ¹⁾. Gerade in den Fällen der Umwandlung einer Gesellschaftsform in eine andere sieht Wiedemann es nicht als ausreichend an, daß dem Unternehmen früher Eigenkapital überlassen worden sei. Dies müsse vielmehr durch den Kommanditisten als solchen, also erst nach dem Zeitpunkt geschehen, in dem der Kommanditist eingetragen worden sei ²⁾.

Wiedemann ist ein strenger Verfechter eines Verkehrswertprinzips, da er für die Frage der haftungsbefreienden Wirkung der Aufrechnung stets auf den Wert der Forderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung abstellt.

4. Das Konzept K.Schmidts

Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt auch K. Schmidt; er stellt den Grundsatz der Kapitalaufbringung im Recht der Kommanditgesellschaft auf ³⁾. Nach § 171 Abs. 1, 2. Halbs. könne nur eine auf die Einlagenpflicht bewirkte Leistung haftungsbefreiende Wirkung haben. Damit ist er im Ausgangspunkt Anhänger der Vertragstheorie ⁴⁾. Dieses Prinzip der Einlagenaufbringung werde aber ergänzt durch das Prinzip der Kapitalaufbringung ⁵⁾. Letzteres Sorge dafür, daß nicht jeder auf die Einlage bewirkten Leistung haftungsbefreiende Wirkung zukomme ⁶⁾. Diese Wirkung könne sie nur haben, wenn sie das haftende Vermögen der Gesellschaft mehre ⁷⁾.

1) Wiedemann, aaO, S. 1043.

2) AaO, S. 1045.

3) K. Schmidt, ZGR 1976, 307 (318); ders., Einlage und Haftung, S. 47 ff.

4) Vgl. o. S. 11.

5) Ihnen stehen gegenüber die Prinzipien der Einlagen- und Kapitalerhaltung, vgl. K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 26 f.; ders., ZGR 1976, 307, 330 ff.

6) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 26 f.

7) AaO, S. 27.

Besteht damit Identität zwischen dem Prinzip der objektiven Vermögensdeckung Wiedemanns und dem Grundsatz der Kapitalaufbringung, so ist doch die Begründung für die Einführung eines derartigen Korrektivs und der Beseitigung des Nennwertprinzips bei der Einlageleistung durch Aufrechnung eine andere. Während nach Wiedemann dem Prinzip der objektiven Vermögensdeckung die Funktion zukommt, die versprochene Einlage aufzubringen ¹⁾, steht bei K. Schmidt der Gläubigerschutz im Vordergrund. Es gehe im Recht der KG nicht um Sicherung der Einlage durch Kommanditistenhaftung, sondern um Gläubigersicherung durch Einlage oder Kommanditistenhaftung ²⁾.

Dennoch will K. Schmidt das Nennwertprinzip nicht ausnahmslos durch ein nach Sacheinlagegrundsätzen zu bestimmendes Prinzip ersetzen. Die Nennwertaufrechnung soll zulässig sein, "soweit ein Konflikt mit dem Gläubigerschutz im Einzelfall nicht besteht" ³⁾. Typische Fälle, bei denen gegen eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung nichts einzuwenden sei, seien solche, wo eine Methode der Haftungsbefreiung durch eine andere ersetzt werde ⁴⁾. Als Beispiel führt K. Schmidt die Aufrechnung des Kommanditisten mit einer Regreßforderung gegen die Gesellschaft wegen Gläubigerbefriedigung an. Der von einem Gesellschafts-gläubiger in Anspruch genommene Kommanditist könne auch dann zum Nennwert aufrechnen, wenn sein Regreßanspruch wegen Zahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft nicht den wirtschaftlichen Wert des Nennwerts der Forderung erreiche ⁵⁾.

Für den Fall, daß man aber den Grundsatz der Nennwertaufrechnung nicht aufgebe, hält K. Schmidt eine

1) Vgl. o.S. 43.

2) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 30.

3) AaO, S. 51.

4) AaO.

5) AaO.

Korrektur durch den sogenannten Surrogationsgedanken für unverzichtbar. Hierunter versteht er, daß der aufrechnende Kommanditist nicht besser zu behandeln sei, als er stünde, wenn er die Leistung, auf der seine Forderung beruht, an Erfüllung Statt als Einlage erbracht hätte ¹⁾. Dieser Gedanke ist im grundsätzlichen Ansatz nicht neu. Denn auch die hM läßt die Aufrechnung mit einer "zurechtmachen" Forderung nicht zu ²⁾. Äquivalenzgedanke und Surrogationsgedanke stimmen insoweit überein. Anders als die hM will K. Schmidt diese Korrektur der Nennwertaufrechnung aber nicht im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung, sondern im Zeitpunkt des Beitritts des Kommanditisten anbringen ³⁾. Das Risiko einer Verschlechterung der Bonität der Forderung trägt damit der Kommanditist bis zum Zeitpunkt des Beitritts. Vom Kapitalaufbringungsgedanken unterscheidet sich der Surrogationsgedanke dadurch, daß letzterer bei negativer wirtschaftlicher Entwicklung des Unternehmens zwischen Beitritt und Aufrechnung des Kommanditisten eine Nennwertaufrechnung nicht ausschließt.

Auch die Umwandlung einer stillen Beteiligung (§§ 335 ff.) in eine Kommanditeinlage will K. Schmidt nur unter Beachtung der genannten Prinzipien zulassen ⁴⁾. Es gelte, die Verwandtschaft der "Umwandlung" eines Darlehens in eine Beteiligung als Gesellschafter zu erkennen ⁵⁾. Die Umwandlung vollziehe sich im Wege der Aufrechnung, so daß die Forderung des stillen Gesellschaftern entweder nach Sacheinlagegrundsätzen im Zeitpunkt der Aufrechnung oder entsprechend dem Surrogationsgedanken im Zeitpunkt des Beitritts

1) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 54; ZGR 1976, 307 (324).

2) Vgl. o. S. 40.

3) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 54 u. ZGR 1976, 307 (324).

4) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 69; ähnlich schon RGZ 63, 265 (268).

5) K. Schmidt, aaO, S. 68 f.

zu bewerten sei ¹⁾. Daraus, daß die Umwandlung einer stillen Beteiligung in eine Kommanditeinlage "Statusänderung in der Gesellschafterstellung" sei, folgert K. Schmidt, daß haftendes Kapital zumindest noch im Zeitpunkt des Beitritts bereitgestellt werden müsse ²⁾. Demgegenüber soll bei "Umwandlung" einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine Kommanditgesellschaft der Gedanke der Haftungskontinuität zum Zuge kommen ³⁾. Ausreichend sei, wenn der Kommanditist als früherer Gesellschafter bürgerlichen Rechts seine haftungsbefreiende Einlage geleistet habe. Bemerkenswert ist hierbei, daß K. Schmidt die sich aufgrund der Registereintragung nach § 172 Abs. 1 ergebenden Bedenken mit dem Hinweis zu zerstreuen versucht, die Eintragung garantiere nicht, daß die Einlage im Augenblick der Eintragung unversehrt sei ⁴⁾.

Im übrigen sieht K. Schmidt die Sanierungsgründung durch Beitritt eines Gläubigers als Spezialfall der Aufrechnung mit Altforderungen an, der eine Sonderbehandlung verdiene ⁵⁾. Selbst wenn man dem Kapitalaufbringungsgrundsatz nicht folge, so seien die Bedenken gegen die Nennwertaufrechnung wegen der absichtlichen Schaffung einer Aufrechnungslage evident ⁶⁾. Praktisch bedeutet dies den Ausschluß jeglicher Sanierungsgründung, da für die Gläubiger kein Interesse mehr besteht, einer KG zwecks Sanierung beizutreten. K. Schmidt warnt denn auch vor der Gründung einer "Sanierungs-KG". Gleichgültig, ob der Kommanditist einem Einzelkaufmann, einer Kapitalgesellschaft oder einer bereits bestehenden Personengesellschaft beizutreten sei, eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung komme nicht in Betracht ⁷⁾.

1) K. Schmidt, aaO, S. 69.

2) AaO, S. 68.

3) AaO, S. 71; anders der BGH, vgl. WM 1956, 284.

4) AaO.

5) AaO, S. 54.

6) AaO, S. 55.

7) AaO.

III. Kritische Stellungnahme

Vorstehender Überblick über die bei Einlageleistung durch Aufrechnung anzuwendenden Bewertungsprinzipien vermittelt ein sehr kontroverses und umstrittenes Bild, bei dem aber in der Rechtsprechung und im neueren Schrifttum ein Wandel vom Nennwertprinzip zum Verkehrswertprinzip unverkennbar ist. Auffällig ist insgesamt, daß die Lücken fehlender Sacheinlagevorschriften im Recht der Kommanditgesellschaft, insbesondere was die Aufrechnung angeht, noch nicht durch ein in sich schlüssiges und eindeutiges Lösungskonzept gefüllt werden konnten.

1. Kritik an der herrschenden Meinung

Umfang und Tragweite des Gläubigerschutzes scheinen in den Hintergrund gestellt zu werden, wenn die Nennwertaufrechnung auch in Sanierungsfällen allein mit dem Argument zugelassen wird, die Gesellschaft werde hierdurch von einer voll zu bilanzierenden Verbindlichkeit entlastet ¹⁾. Während sonst bei der Einbringung von Sacheinlagen gefordert wird, der Gesellschaft müsse ein objektiv zu bemessender Vermögenswert zufließen ²⁾, wird diesem Gesichtspunkt hier keinerlei Beachtung geschenkt. Die hM müßte sich wenigstens mit der Frage auseinandersetzen, ob nicht zumindest die Neugläubiger der neu gegründeten oder durch den Beitritt erweiterten Kommanditgesellschaft in ihrem Vertrauen auf die Eintragung des Haftbetrages im Handelsregister (§ 172 Abs. 1) geschützt werden müßten. Denn hier wird ausgewiesen, daß sich das haftende Kapital durch den Gesellschafterbeitritt vermehrt hat, und zwar entweder durch Einlageleistung in Höhe des Haftbetrages oder durch unmittelbare

1) Vgl. Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 14; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13; Ritter, § 171 Anm. 3.
2) Vgl. o.S. 18.

Haftung des Kommanditisten.

Auch die Rechtfertigung, der Kommanditist stehe einem Drittgläubiger gleich, der bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens das Haftungsreservoir des Kommanditisten ausschöpfen könne ¹⁾, vermag nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, daß damit nur eine Nennwertaufrechnung mit Forderungen aus Drittgeschäften, nicht aber auch mit Sozialforderungen gerechtfertigt werden könnte, ist mit Wiedemann ²⁾ die Frage zu stellen, ob diese Gleichstellung nicht in Wirklichkeit Bevorzugung ist, weil dem Kommanditisten aufgrund der Rechte aus § 166 Insiderinformationen zur Verfügung stehen und er, solange er seine Einlagepflicht nicht erfüllt hat, eine Art "automatischer Sicherheit" besitzt. Zudem kann die Aufrechnung nur dann zur Vermeidung eines unnötigen Hin- und Herbählens dienen, wenn die Gesellschaft in der Lage gewesen wäre, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen ³⁾.

2. Kritik am neueren Schrifttum

Ins andere Extrem eines kapitalgesellschaftlichen Gläubigerschutzes verfallen hingegen Wiedemann und K. Schmidt mit einem Prinzip der objektiven Vermögensdeckung ⁴⁾ bzw. Kapitalaufbringungsgrundsatz ⁵⁾, wenn im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung stets eine Bewertung nach Sacheinlagegrundsätzen gefordert wird. Dieser Lösung ist zwar Konsequenz und Praktikabilität zu bescheinigen, sie muß sich aber die Frage stellen lassen, ob damit nicht vielleicht unzulässigerweise die gesetzlich statuierten Grenzen von Kapital-

1) So BGHZ 51, 391 (394 f.); vgl. auch o.S. 35.

2) AaO, S. 1043.

3) So treffend K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 49, der in diesem Zusammenhang von einer Quasi-Vollstreckungswirkung der Aufrechnung spricht.

4) Vgl. o. S. 42 ff.

5) Vgl. o. S. 44 ff.

gesellschaft und Personengesellschaft verwischt werden. Das grundsätzliche Verlangen nach Kapitalaufbringung im Aufrechnungszeitpunkt verträgt sich jedenfalls nur schwer damit, daß der Kommanditist im Recht der Kommanditgesellschaft Gesellschaftsgläubiger - und zwar auch durch Aufrechnung zum Nennwert - befriedigen kann, ohne daß es darauf ankommt, welchen Wert die Forderung des Drittgläubigers gegen die Gesellschaft im Hinblick auf ihre Vermögenslage noch besitzt ¹⁾. Der Grund besteht darin, daß der Gläubiger gegen die Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens gerade durch die unmittelbare Haftung des Kommanditisten geschützt werden soll. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Kommanditist von sich aus leistet, oder weil er von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wurde ²⁾. Dies macht deutlich, daß im Recht der Kommanditgesellschaft eben nicht absolut von einer Theorie "realer Vermögenseinlage" ausgegangen werden kann, die den Grundsatz der Nennwertaufrechnung so ohne weiteres zu verdrängen vermag.

Dieser Gesichtspunkt ist es auch, der K. Schmidt veranlaßt, das Prinzip der Nennwertaufrechnung jedenfalls nicht völlig, sondern nur dort aufzugeben, wo ein Konflikt mit dem Gläubigerschutz im Einzelfall nicht besteht ³⁾. Auf den ersten Blick scheint damit eine brauchbare Abgrenzung zwischen Nennwertprinzip und Verkehrswertprinzip gefunden. Doch stellt sich gerade die Frage, wann ein Konflikt mit dem Gläubigerschutz nicht besteht. Nach K. Schmidt sollen es mit

-
- 1) BGHZ 51, 391 (394); Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 20; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 20; Flechtheim in Dür.-Hachenburg, § 171 Anm. 9; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 20.
 - 2) H. Westermann, Handbuch I, Rz. 922.
 - 3) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 51.

Sicherheit jene Fälle sein, in denen die Aufrechnung nur dazu dient, eine Form der Haftungsbefreiung durch eine andere zu ersetzen. Als Beispiel hierfür nennt er den Fall, daß ein Kommanditist einer in Liquiditätsschwierigkeiten befindlichen KG von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen werde. Der Kommanditist dürfe dann mit seinem Regreßanspruch zum Nennwert aufrechnen ¹⁾. Indessen kommt diesem Beispiel wenig praktische Bedeutung zu, so daß hier nicht von einer Aufrechterhaltung des Nennwertprinzips in bestimmten Fällen gesprochen werden kann. Zudem "funktioniert" es nur, wenn man in der Aufrechnung mit dem erworbenen Regreßanspruch gegen die Einlageforderung eine Rückerstattung dessen sieht, was mit haftungsbefreiender Wirkung an den Gesellschaftsgläubiger geleistet worden ist. Denn nur dann liegt nicht mehr Haftungsbefreiung durch Gläubigerbefriedigung vor, so daß es auf die haftungsbefreiende Wirkung der Einlageleistung durch Aufrechnung ankommt. M.E. dürfte die Aufrechnung mit dem Regreßanspruch in diesem Fall aber überhaupt nur dem Zweck dienen, auch den Pflichteinlageanspruch der Gesellschaft zum Erlöschen zu bringen, nicht aber die Haftung wiederaufleben zu lassen, um sie dann in demselben Augenblick wieder zu beseitigen.

3. Kritik an der fallweisen Begrenzung der Nennwertaufrechnung des BGH

In der Rechtsprechung des BGH ist das Bemühen erkennbar, bei Bewertung der Einlageleistung durch Aufrechnung einerseits den Besonderheiten der Kommanditistenhaftung Rechnung zu tragen, indem vom Grundsatz der

1) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 51.

Nennwertaufrechnung ausgegangen wird ¹⁾, andererseits aber auch Gläubigerinteressen zu berücksichtigen, wenn in besonderen Fällen auf Sacheinlagegrundsätze zurückgegriffen wird. Letzteres soll immer dann erforderlich sein, wenn der Kommanditist mit einer ihm abgetretenen wertlosen Drittgläubigerforderung aufrechnet ²⁾, oder eine Aufrechnung mit einer Forderung erfolgt, die nicht unmittelbar zu Lasten des Gesellschaftsvermögens entstanden ist ³⁾.

Mag ein derartiges Vorgehen in Anbetracht des Interessenkonflikts zwischen Kommanditist und Gläubigern im Ansatz durchaus Zustimmung finden, so verlangt eine fallweise Begrenzung der Nennwertaufrechnung aber ein eindeutiges, in sich widerspruchsfreies Konzept. Diesem Anspruch wird der BGH aber durch seine nach und nach vollzogene Einschränkung des Nennwertprinzips nicht gerecht. Kritik muß sich dagegen erheben, daß allein die Organisationsform eines zu sanierenden Unternehmens, in das ein Gläubiger als Kommanditist eintritt, um mit seiner Forderung gegen die Einlageforderung aufzurechnen, bestimmen soll, ob das Nennwertprinzip Anwendung finden kann oder nicht.

Tritt beispielsweise anlässlich einer Sanierungsgründung ein Gläubiger einer KG bei, so kann er mit seiner (wertlosen) Forderung in voller Höhe aufrechnen. Es bleibt hier bei dem in BGHZ 51, 391 ff. aufgestellten Grundsatz der Nennwertaufrechnung, da hier eine Befreiung der Gesellschaft von einer unmittelbar zu ihren Lasten entstandenen Verbindlichkeit

1) BGHZ 51, 391 ff.

2) BGH NJW 1976, 418 (419).

3) BGHZ 61, 59 (71).

erfolgt. Besaß der Gläubiger hingegen eine Forderung gegen eine GmbH, und wird zwecks Sanierung eine GmbH & Co. KG gegründet, wobei die KG die Schulden der GmbH übernimmt und der als Kommanditist beitretende Gläubiger mit seiner Forderung gegen die Einlageforderung aufrechnet, so soll es auf den "wahren wirtschaftlichen Wert" der Forderung im Aufrechnungszeitpunkt ankommen. Denn hier sei die Gesellschaft durch die Aufrechnung nicht von einer Verbindlichkeit befreit worden, die voll zu bilanzieren war ¹⁾. Mit Recht haben Teichmann/Schick ²⁾ hierzu bereits angemerkt, daß der BGH damit den Grundsatz wirtschaftlicher Gleichheit verletzt. Denn die Rechtsprechung führt zu unterschiedlichen Haftungsfolgen des Kommanditisten, je nachdem ob er einer bestehenden Kommanditgesellschaft beitrifft, oder die Gesellschaft erst durch seinen Beitritt entsteht.

Auch unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes läßt sich eine derartige Differenzierung nicht rechtfertigen. Denn sowohl in dem einen wie in dem anderen Fall gehen die Gläubiger - schutzwürdig sind hier in erster Linie die Neugläubiger, da nur ihnen gegenüber durch die Registereintragung ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde - davon aus, daß sich das Haftungspotential der Kommanditgesellschaft entweder durch Einlageleistung oder persönliche Haftung des Beitretenden erhöht hat. Entweder bejaht man einen solchen Gläubigerschutz, dann ist für eine Nennwertaufrechnung in Sanierungsfällen kein Raum mehr, oder man läßt ihn hinter anderen Erwägungen zurücktreten, dann findet insoweit das Nennwertprinzip Anwendung.

1) BGHZ 61, 59 (71); vgl. bereits S. 3 f.

2) JuS 1975, 18 (23 f.).

Indessen lassen sich Widersprüche nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung aufzeigen. In den Fällen, in denen die Verbindlichkeit unmittelbar zu Lasten des Gesellschaftsvermögens entstanden war, hebt der BGH als Rechtfertigung einer Nennwertaufrechnung darauf ab, daß die Verbindlichkeit, von der die Gesellschaft durch die Aufrechnung befreit wurde, mit dem vollen Nennbetrag zu bilanzieren war ¹⁾. Dies erscheint bilanztechnisch gesehen richtig, denn nach dem in § 145 Abs. 2 AktG kodifizierten allgemeinen Grundsatz ordnungsmäßiger Bilanzierung sind Verbindlichkeiten mit ihrem Rückzahlungsbetrag anzusetzen ²⁾. Auf den tatsächlichen Wert ist hingegen immer abzustellen, wenn es um die Einbringung einer Forderung in eine Gesellschaft im Wege der Abtretung geht ³⁾. Denn hier sind Aktivwerte des Umlaufvermögens zu bewerten ⁴⁾. Unterschiedliche Bewertungsansätze ergeben sich also jeweils danach, ob in der Bilanz Aktiva der Gesellschaft erhöht oder Passiva verringert werden.

Nicht recht verständlich ist aber, daß der BGH von diesen bilanzmäßigen Grundsätzen dann und nur dann abweichen will, wenn die Verbindlichkeiten nicht unmittelbar zu Lasten des Gesellschaftsvermögens entstanden sind, sondern von der Gesellschaft später übernommen wurden. Hier soll der (aktivische) Wert der Forderung des Kommanditisten den Umfang der Haftungsbefreiung bestimmen; denn es bestehe kein Unterschied, ob der Kommanditist seine entwertete Forderung gegen die Gesellschaft an diese abtrete ⁵⁾.

1) BGHZ 51, 391 (394).

2) Zutr. Reuter, BB 1978, 1195 (1196); allg. zur Beachtung aktienrechtlicher Bewertungsvorschriften bei der Bilanzierung anderer Unternehmen, Leffson, GoB, S. 37, Geßler-Kropff, AktG, Vorb. vor §§ 148 ff., Anm. 19.

3) Vgl. Leffson, aaO, S. 277, wonach Forderungen mit dem Betrag des erwarteten Geldeingangs anzusetzen sind.

4) Vgl. § 155 Abs. 2 AktG.

5) Die Vereinigung von Forderung und Schuld führt hier im Wege der Konfusion zu ihrem Erlöschen, vgl. BGHZ 61, 59 (72).

oder mit ihr gegen den Einlageanspruch aufrechnen ¹⁾. Mit dieser Begründung müßte konsequenterweise eine Nennwertaufrechnung auch schon im ersten Fall ausgeschlossen werden, in dem der Kommanditist in eine bereits bestehende Kommanditgesellschaft eintritt.

Zudem stellt sich hier nicht die Frage, ob eine nicht mit dem Nennbetrag zu bewertende Forderung des Kommanditisten durch die Übernahme zu einer voll zu passivierenden Verbindlichkeit werden kann ²⁾, sondern ob eine in der Altgesellschaft voll zu passivierende Verbindlichkeit auch noch in der neu gegründeten Gesellschaft voll zu passivieren ist. Allein der Umstand, daß sich die frühere Gesellschaft in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand, führt noch nicht zwangsläufig dazu, daß die übernehmende Gesellschaft einen geringeren Betrag schuldet und entsprechend niedriger passivieren durfte ³⁾. Mit guten Gründen ließe sich deshalb auch hier bejahen, daß die Gesellschaft von einer mit dem Nennbetrag zu bilanzierenden Forderung befreit wird ⁴⁾. Nicht erst in der Aufrechnung durch Gesellschafter, sondern in der Übernahme der Schulden zum Nennwert durch die Gesellschaft könnte allenfalls die das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft schmälernde Handlung liegen ⁵⁾.

1) BGHZ 61, 59 (71 f.)

2) So aber der BGH aaO.

3) Blumers, BB 1976, 1441 (1443).

4) So Blumers, aaO.

5) Vgl. Blumers, aaO; verschiedentlich wird hierin eine teilweise Einlagenrückgewähr gemäß § 172 Abs. 4 gesehen, vgl. Blumers, aaO, Uhlenbruck, GmbH & Co. KG, S. 134. Dagegen spricht aber, daß eine Einlagenrückgewähr nicht vor einer Einlageleistung liegen kann; zur Fiktion einer Einlagenrückgewähr bei Sanierungsgründungen vgl. auch K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 55; ders., ZGR 1976, 307 (325) u. JZ 1974, 219 (221).

Nach alledem müssen an einem klaren und eindeutigen Konzept des BGH bei der Frage einer Forderungsbewertung zwecks haftungsbefreiender Einlageleistung erhebliche Zweifel bestehen. Organisationsform und Bilanzierungsansätze haben sich als untaugliche Abgrenzungsmerkmale erwiesen. Das Ergebnis der neueren Rechtsprechung dürfte denn auch mehr Ausfluß einer Tendenz sein, die Nennwertaufrechnung immer dort auszuschließen, wo die Aufrechnungslage willkürlich herbeigeführt wurde ¹⁾. Angesichts der aufgezeigten Widersprüche erscheint es zudem fraglich, ob der BGH nicht generell vom Nennwertprinzip zum Verkehrswertprinzip übergeht ²⁾. Die fallweise Begrenzung des Nennwertprinzips in der jetzigen Form läßt sich jedenfalls nicht aufrechterhalten.

4. Fazit

Die Diskussion um die Forderungsbewertung bei der Einlageleistung durch Aufrechnung dürfte, wenn man sich das Ergebnis vorstehender Untersuchungen vergegenwärtigt, zweifellos ein Stadium erheblicher Rechtsunsicherheit in der Praxis erreicht haben. Es fehlt nicht nur an einem der Rechtssicherheit dienenden klaren Prinzip, sondern es ist inzwischen schon ein Punkt erreicht, in dem die Einlageleistung durch Aufrechnung "als potentiell unseriös" angesehen wird ³⁾. Zu Unrecht wird sie damit mit einem Makel behaftet, als ob es hier nur darum ginge, dem aufrechnenden Kommanditisten auf Kosten der übrigen Gläubiger einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil zu verschaffen. Dem Ausschluß haftungsbefreiender Nennwertaufrechnung darf nicht eine Art Lückenbüßer-

1) Vgl. K. Schmidt, ZGR 1976, 307 (326).

2) H. Westermann, Handbuch I, Rz. 923.

3) Vgl. K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 56.

funktion bei fraudulösen Rechtshandlungen zukommen, in denen sich der Beweis anfechtungserheblicher Tatbestände nach dem Anfechtungsgesetz oder der Konkursordnung nicht führen läßt. Es geht allein um eine sachgerechte Interessenabwägung zwischen Kommanditist und Gesellschaft einerseits und den Gläubigern andererseits. Denn hinter der Frage des anzuwendenden Bewertungsprinzips stehen, worauf noch verschiedentlich zurückzukommen sein wird ¹⁾, insbesondere im Zusammenhang mit Sanierungsgründungen, auch erhebliche gesamtwirtschaftliche Interessen, ein Gesichtspunkt, der in der bisherigen Diskussion keinerlei Beachtung geschenkt wurde. Es gilt deshalb, an das Problem der Forderungsbewertung ohne Vorurteil heranzugehen und der Lösung allein objektive Kriterien zugrunde zu legen.

IV. Eigener Lösungsansatz

Eine brauchbare Abgrenzung zwischen Nennwertprinzip und Verkehrswertprinzip wird sich nur finden lassen, wenn Klarheit über Inhalt und Grenzen des Gläubigerschutzes im Recht der Kommanditgesellschaft besteht. Die Einlageleistung durch Aufrechnung ist nämlich, wie sich gezeigt hat ²⁾, nur eine Möglichkeit unter vielen, die haftungsbefreiende Wirkung des § 171 Abs. 1 herbeizuführen. Hieraus ergibt sich die Forderung, sie in ein Gesamthaftungs- und Gläubigerschutzkonzept einzufügen. Denn es kann im Ergebnis nicht richtig sein, daß der Kommanditist die Aufrechnung als Leistungsart wählen kann, um einen in §§ 171 ff. angelegten Gläubigerschutz zu umgehen. Ebenso falsch wäre es aber auch, Maßstäbe

1) Vgl. S. 144 ff.

2) Vgl. o.S. 9 ff.

anzulegen, die dem Recht der Kommanditgesellschaft fremd sind.

Daß die an die Einlageleistung durch Aufrechnung zu stellenden Anforderungen von einem im Recht der KG verankerten Gläubigerschutzsystem abhängen, wird auch von Wiedemann ¹⁾ und K. Schmidt ²⁾ anerkannt, wenn sie von ihnen in ein allgemeines Prinzip der objektiven Vermögensdeckung oder einen Kapitalaufbringungsgrundsatz eingeordnet wird. Die Frage ist aber, ob diese Prinzipien für die KG typisch sind. Die Schwierigkeit der Forderungsbewertung beruht damit letztlich auf der Unklarheit über die Haftungsverfassung der Kommanditgesellschaft. Es fehlt das, was man im Recht der Kapitalgesellschaften mit Kapitalgarantiegrundsätzen umschreibt.

Primäre Aufgabe wird es daher sein, ein Haftungsmodell zu skizzieren, auf dessen Grundlage dann die hier interessierende Frage der Forderungsbewertung bei Einlageleistung durch Aufrechnung gelöst werden kann.

Richtungsweisend kann eine an §§ 171 ff. orientierte Haftungsverfassung jedoch zunächst nur für die "typische" KG sein. Erst einem weiteren Schritt bleibt die Prüfung vorbehalten, ob sich diese Grundsätze auch auf eine in der Struktur veränderte Kommanditgesellschaft, beispielsweise die GmbH & Co. KG, anwenden lassen, oder ob gerade dieser Wandel im Normtypus zusätzlichen Gläubigerschutz erfordert ³⁾.

Besonderen Raum wird hierbei die Frage einnehmen, inwieweit auch im Recht der Kommanditgesellschaft

1) Vgl. o. S. 42 ff.

2) Vgl. o. S. 44 ff.

3) Die Tendenz einer Sonderbehandlung der GmbH & Co. KG gegenüber der typischen KG ist nunmehr in gewissem Umfang auch beim Gesetzgeber festzustellen, vgl. die Neuregelung der Konkursantragspflichten, §§ 130 a, 177 a.

Kapitalgrundsätze entwickelt sind, die im Ergebnis Kapitalaufbringung und damit eine Bewertung nach Sacheinlagegrundsätzen erfordern. Die Antwort soll dabei entscheidend aus einem Vergleich der Gläubigerschutzvorschriften im Recht der Kommanditgesellschaft mit denen im Recht der Kapitalgesellschaften gewonnen werden. Denn die Aussagen des Gesetzes sind Richtschnur für die Haftungsverfassung der Gesellschaften und ausschlaggebend für Inhalt und Umfang eines bestehenden Gläubigerschutzes.

§ 2 Die Haftungsverfassung der Kommanditgesellschaft

I. Struktur und Entstehungsgeschichte

Die KG ist eine Personengesellschaft ¹⁾. Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften, bei denen das Element der Kapitalbeteiligung im Vordergrund steht, weisen Personengesellschaften eine personenbezogene Struktur auf. Kennzeichnend für sie ist ein enges gesellschaftsrechtliches Band zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft, ferner die Kopplung von persönlicher Haftung und Unternehmensleitung ²⁾. Auch bei der KG ist das personalistische Grundprinzip durchgeführt. Der Schwerpunkt des Gläubigerschutzes und die unternehmerische Verantwortung lasten auf dem Komplementär, der unbeschränkt persönlich haftet (§§ 128, 161), dem aber auch Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse eingeräumt sind (§§ 114 ff, §§ 125, 161 Abs. 2). Der nur summenmäßig beschränkt haftende Kommanditist wird nach dem Leitbild des Gesetzgebers von der Unternehmensleitung ausgeschlossen (§§ 164, 170).

1) Vgl. statt vieler Hueck, § 2 IV, S. 9.

2) H. Westermann, Handbuch I, Rz. 17.

Daß der Gesetzgeber die KG lediglich als Abart der OHG entwickelt hat (vgl. § 161 Abs. 2), ist, wenn man die historische Entwicklung betrachtet, keineswegs selbstverständlich. Die KG leitet ihre Herkunft nicht allein daraus ab, daß in eine OHG weitere Gesellschafter, insbesondere Familienangehörige als zahlungskräftige Kapitalgeber eintreten ¹⁾. Die KG hat ihre Wurzel vielmehr auch in der mittelalterlichen commenda, in der der eine Waren oder Kapital (commendator) zur Verfügung stellt, während der andere unternehmerisch (tractator) tätig wurde ²⁾. Die commenda zeigt sich hierbei in verschiedenen Erscheinungsformen. Der commendator war entweder Herr des Unternehmens, der tractator hingegen nur in einer angestelltenähnlichen Stellung, oder aber der commendator war nur rein kapitalistisch beteiligt ³⁾. Trat im letzten Fall der commendator überhaupt nicht in Erscheinung, so lag lediglich eine stille Gesellschaft vor, aus der sich die heutige stille Gesellschaft (§§ 335 ff.) entwickelte. Wurde aber eine gemeinschaftliche Firma gegründet, bei der Geschäftsführung und Vertretung dem tractator zustanden, der commendator aber auch beschränkt mit seiner Einlage für die Schulden der Gesellschaft haftete, so haben wir es mit dem Vorläufer der heutigen KG zu tun ⁴⁾.

Dadurch, daß bei der KG bezüglich des Kommanditisten eine Trennung von Arbeit und Kapital vorgenommen wird, läßt sich trotz ihrer Zuordnung zu den Personengesellschaften ein kapitalistischer Einschlag nicht

1) Vgl. Hueck, § 19 III, S. 99.

2) Reinhardt, Rdn. 257 (S. 118).

3) Vgl. Schilling, Vorb. Kommanditges. Anm. 2, S. 116; krit. zur Behandlung der KG als Abart der OHG denn auch Flechtheim in Dür.-Hachenburg, Vorb. 11 vor § 161; Ritter, § 161 Anm. 5.

4) Hueck, § 19 II, S. 98.

verkennen ¹⁾. Doch geht dieser auch soweit, daß auf die Kommanditeinlage auch kapitalgesellschaftliche Kapitalgarantiegrundsätze angewendet werden können?

II. Die Geltung von Kapitalgarantiegrundsätzen im Recht der KG?

Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sind elementare Grundsätze im Recht der Kapitalgesellschaften ²⁾. Sie sind erforderlich, um den hier durch Festlegung eines Mindestgarantiekapitals gewährleisteten Gläubigerschutz erst effektiv zu gestalten. Daß auch im Recht der Kommanditgesellschaft Kapitalgarantiegrundsätze erforderlich und in §§ 171 ff. enthalten sind, versucht K. Schmidt ³⁾ nachzuweisen. Dies erscheint als Ausfluß einer im neueren Schrifttum zu beobachtenden Tendenz, beeinflußt durch den Wandel der KG von ihrem Normtypus zur kapitalistischen Gesellschaft ⁴⁾, die gesetzestreue Anwendung der §§ 171 ff. durch eine gläubigerfreundlichere Einstellung zu ersetzen ⁵⁾.

So finden sich insbesondere im Hinblick auf die GmbH & Co. KG bereits bei Kuhn ⁶⁾ Überlegungen, die im Ergebnis auf einen Kapitalaufbringungsgrundsatz

- 1) Hueck, § 2 IV, S. 9; nach Sudhoff, S. 17 steht die KG damit schon auf halbem Wege zur Kapitalgesellschaft.
- 2) Lutter, S. 57 ff. u. S. 332 ff.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S. 558 ff. u. S. 561 ff.; Ulmer in Hachenburg, GmbHG, § 19 Anm. 1,2 u. § 30 Anm. 3; Baumbach-Hueck, AktG, § 1 Anm. 13.
- 3) Einlage und Haftung, S. 28; ZGR 1976, 307 (318).
- 4) Vgl. näheres zum Begriff S. 124 ff.
- 5) Zutr. Moßmann, S. 124.
- 6) Festschrift Schilling, S. 69 (76).

hinauslaufen. Kuhn will eine Haftungsbeschränkung des Kommanditisten dann verneinen, wenn der Kommanditist ein überschuldetes Unternehmen in eine GmbH & Co. KG einbringt, "das der Kommanditgesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis nichts bringt, sondern ihr Zuzahlungen ohne entsprechenden Gegenwert aufbürdet" ¹⁾. In diesen Fällen soll ein Anspruch aus §§ 812, 242 BGB in Höhe der Unterbewertung oder aufgrund unterbliebener Anrechnung der übernommenen Schulden zugewilligt werden ²⁾. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die noch weitergehende Auffassung Steckhahns ³⁾, der von einer Art Gesamtvermögensmasse des Komplementärvermögens und der Kommanditeinlagen ausgeht. Dies hat zur Folge, daß die Einlageleistung aus Mitteln des Komplementärs zu keiner Haftungsbefreiung des Kommanditisten führt ⁴⁾, und eine Rückgewähr der Einlage aus dem Vermögen des Komplementärs die Haftung des Kommanditisten nach § 172 Abs. 4 wieder aufleben läßt ⁵⁾.

Daß die Entwicklung von der "reinen" KG zur GmbH & Co. KG auch entscheidenden Einfluß bei den Überlegungen K.Schmidts gehabt hat, zeigt sich, wenn er davon spricht, daß "vor allem im Recht der GmbH & Co. KG die Notwendigkeit einer solchen Kapitalgarantie deutlich geworden ist" ⁶⁾. Es sei vor- schnell, mit Analogien zum GmbH-Recht zu operieren, wo es zunächst darum gehe zu prüfen, inwieweit das Recht der KG selbst Regeln über die Aufbringung und Erhaltung von Kapital zur Verfügung stelle ⁷⁾. Eine

1) Kuhn, aaO, S. 76.

2) Kuhn, aaO, S. 77.

3) DNotZ 1974, 69; dagegen Petzoldt, DNotZ 1975, 529 ff.

4) Anders die hM, vgl. Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 26.

5) § 172 Abs. 4 wendet die hM nur an, wenn eine Rückzahlung aus Mitteln der Gesellschaft erfolgt, vgl. Schilling, aaO, § 172 Anm. 30.

6) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 29.

7) Ebd.

spezifisch KG-rechtliche Kapitalgarantie könne allerdings nicht so funktionieren, wie diejenige des Rechts der Kapitalgesellschaften ¹⁾. So will K. Schmidt den Grundsatz der Kapitalaufbringung denn auch dahingehend einschränken, daß hierunter keine Kapitalzuführung zu verstehen sei ²⁾. Diese Einschränkung erfolgt aus der Erkenntnis heraus, daß der Kommanditist seine Einlage durch sog. Einbuchung erbringen kann. Die Beteiligung des Kommanditisten erfolge hier dadurch, daß vom Konto eines Gesellschafters ein Betrag auf das neu für den beitretenen Kommanditisten zu bildende Konto übertragen werde ³⁾. Anders als im Recht der GmbH, das die Aufnahme neuer Gesellschafter nur im Wege der Erhöhung des Stammkapitals zulasse (§§ 55 ff GmbHG), werde im Recht der KG damit auf Kapitalzuführung, nicht aber auf wertmäßige Deckung der Einlage verzichtet ⁴⁾.

Die Einführung dieser Terminologie in das Recht der Kommanditgesellschaft zwingt dazu, sich den Inhalt eines Kapitalgarantiegrundsatzes anhand der gesetzlichen Vorschriften im Recht der Kapitalgesellschaften zu verdeutlichen und sie den Vorschriften der §§ 171 ff. gegenüberzustellen. Von Kapitalgarantiegrundsätzen bei der Kommanditgesellschaft läßt sich nämlich nur dann sprechen, wenn wenigstens im Kern Gemeinsamkeiten mit den Vorschriften über Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung bei der GmbH oder der AG als

1) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 29.

2) AaO, S. 35 f.; ZGR 1976, 307 (319 f.); zum Grundsatz der Kapitalerhaltung vgl. K. Schmidt, aaO, S. 80 f., wonach das Gesellschaftsvermögen gesichert werde, wie es ist, nicht wie es aufgrund der versprochenen Einlage sein sollte.

3) AaO, S. 36; zur Einbuchung vgl. insbesondere U. Huber, S. 200 ff.

4) K. Schmidt, aaO, S. 36.

den bedeutensten Kapitalgesellschaften vorhanden sind. Anderenfalls würden ungleiche Haftungssysteme terminologisch gleich gefaßt mit der Folge, daß die unberechtigte Übertragung von Kapitalgarantiegrundsätzen zu "beträchtlichen Wucherungen des Gläubigerschutzes auf Kosten der Gesellschafter führt" ¹⁾. Ein so verstandener Gläubigerschutz würde sich aber nicht mehr im Einklang mit dem Gesetz befinden.

1. Die Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung im Recht der Kapitalgesellschaften

a) GmbH

Nach § 13 Abs. 2 GmbHG können sich Gesellschaftsgläubiger wegen ihrer Forderungen gegen die Gesellschaft nur an das Gesellschaftsvermögen halten. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter ist grundsätzlich ausgeschlossen ²⁾. Zum Ausgleich dafür hat der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 GmbHG ein Mindeststammkapital in Höhe von 20 000,- DM vorgeschrieben ³⁾. Die Leistung der Einlage auf das Stammkapital kann hierbei in Form der Bareinlage, der Sacheinlage und

-
- 1) Vgl. die krit. Stellungnahme von Kornblum, AG 1978, 137 (140).
 - 2) Abgesehen vom speziellen Problem der sog. Durchgriffshaftung, vgl. dazu Mertens in Hachenburg, GmbHG, § 13 Anh. I., Rdn. 36 ff.
 - 3) Ob diese Vorsorge im Hinblick darauf, daß das Gesetz keine angemessene Relation zwischen Geschäftsumfang und Kapitalausstattung verlangt, die Rechtsform der GmbH sich aber nicht nur bei Kleinstbetrieben großer Beliebtheit erfreut, ausreicht, kann bezweifelt werden. § 5 Abs. 1 GmbHG n.F. (BGBl. 1980, S. 836) sieht deshalb eine Anhebung des Mindeststammkapitals auf 50 000,- DM vor. Damit soll die Schwelle der Verwendbarkeit der GmbH soweit angehoben werden, daß ein größerer Schutz vor unsoliden Gründungen besteht (vgl. Begr. BT-Drucks. 8/1347 S. 29).

der Sachübernahme erfolgen ¹⁾. Bareinlagen sind in Geld zu leistende Einlagen; sie sind durch Einzahlung oder in entsprechender Anwendung des § 54 Abs. 3 AktG durch Kontogutschrift aufzubringen. Sacheinlagen sind Einlagen, die nicht in Geld zu leisten sind (§ 5 Abs. 4 GmbHG). Bei der Sachübernahme schließlich liegt ursprünglich eine Verpflichtung zu einer Geldeinlage vor, auf die jedoch "eine Vergütung für Vermögensgegenstände, welche die Gesellschaft übernimmt" angerechnet werden soll (§ 5 Abs. 4 GmbHG) ²⁾. Die Mindestausstattung der GmbH sichert das Gesetz durch eine Offenlegungspflicht besonders in den Fällen, in denen die Einlage nicht durch Geld geleistet ist. Nach § 5 Abs. 4 GmbHG sind die Gegenstände der Einlage oder Übernahme sowie die anzurechnenden Geldwerte im Gesellschaftsvertrag festzulegen. Diese Angaben unterliegen der Kontrolle durch das Registergericht (§ 7 GmbHG). Bei Überbewertung kann eine Prüfung angeordnet und die Eintragung abgelehnt werden ³⁾.

Die zentrale Bestimmung des Kapitalaufbringungsgrundsatzes findet sich in § 19 Abs. 2 GmbHG. Danach können den Gesellschaftern, ausgenommen von dem Fall der Herabsetzung des Stammkapitals ⁴⁾, die Einlagen weder erlassen noch gestundet werden. So ist die nachträgliche Vereinbarung einer Sacheinlage anstelle der

1) Vgl. Priester, DB 1976, 1801.

2) Ebd.; § 5 Abs. 4 GmbHG n.F. faßt die Fälle der Sacheinlage und Sachübernahme zum Begriff der Sacheinlage zusammen.

3) § 9 c S. 2 GmbHG n.F. normiert dies nunmehr ausdrücklich. Im übrigen sieht die am 01.01.1981 in Kraft tretende GmbH-Novelle bei Sachgründungen weitere Maßnahmen vor. So soll durch einen Sachgründungsbericht - ähnlich wie im Aktienrecht - der Schutz gegen unzulängliche Aufbringung des Stammkapitals erweitert werden (§ 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG n.F.).

4) Sie ist jedoch nur unter den strengen Voraussetzungen des § 58 GmbHG zulässig.

ursprünglichen Geldeinlage unzulässig ¹⁾. Der Grundsatz der Kapitalaufbringung wird ferner durch das Aufrechnungsverbot in § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG statuiert ²⁾. Hier wird die Befugnis der Gesellschafter, mit Forderungen gegen die Gesellschaft aufzurechnen, ausgeschlossen. Lediglich im speziellen Fall einer Sachübernahmevereinbarung nach § 5 Abs. 4 GmbHG läßt § 19 Abs. 3 GmbHG eine Aufrechnung gegen die Einlageforderung zu. Aus dem Umstand, daß § 19 Abs. 2 GmbHG nur die einseitige Aufrechnung des Gesellschafters ausschließt, darf allerdings nicht gefolgert werden, eine von der Gesellschaft oder einverständlich mit ihr vorgenommene Aufrechnung sei stets zulässig. Dies widerspräche dem Kapitalaufbringungsgedanken, wonach dem Gläubiger das ausgewiesene Stammkapital als Haftungsgrundlage zur Verfügung stehen muß. Es entspricht denn auch ganz hM, eine Aufrechnung der Gesellschaft nur zuzulassen, wenn die Forderung des Gesellschafters vollwertig, fällig und liquide ist ³⁾. Nur unter diesen Voraussetzungen ist der Anspruch des Einlageschuldners so gut wie Bargeld, nur dann dient die Aufrechnung dazu, ein nutzloses Hin- und Herzahlen von Geld zu vermeiden ⁴⁾.

Auch die §§ 21 bis 25 GmbHG dienen dazu, die Aufbringung des Stammkapitals zu sichern. Der säumige Gesellschafter, der die geschuldete Einlage nicht oder nicht zur rechten Zeit einbringt, kann danach unter Einhaltung eines bestimmten Verfahrens seines

1) Vgl. Ulmer in Hachenburg, GmbHG, § 5 Anm. 26.

2) Ulmer, aaO, § 19 Anm. 31.

3) Vgl. statt vieler Ulmer, aaO, § 19 Anm. 36; a.A. Möhring in Festschrift Schmidt, S. 85 (92 ff.).

4) Ulmer, aaO, § 19 Anm. 38.

Geschäftsanteils einschließlich hierauf gezahlter Teilbeträge für verlustig erklärt werden. Den übrigen Gesellschaftern wird eine subsidiäre Kapitalaufbringungspflicht auferlegt.

Um den Gesellschaftsgläubigern das einmal aufgebraachte Stammkapital zu erhalten, ist in § 30 GmbHG der Grundsatz der Kapitalerhaltung festgelegt ¹⁾.

Diese Vorschrift gewährleistet, daß das durch die Satzung fixierte und damit nicht willkürlich veränderbare Garantievermögen zugunsten potentieller Gläubiger der Gesellschaft erhalten bleibt ²⁾.

Rückzahlungen werden nicht schlechthin verboten; es wird aber sichergestellt, daß das nach Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva ermittelte Reinvermögen dem Nominalkapital der Gesellschaft entspricht ³⁾.

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Prinzip der Kapitalerhaltung sind in § 31 GmbHG geregelt. Danach steht der Gesellschaft ein besonderer gesellschaftsrechtlicher Rückgewähranspruch auf Erstattung des Geleisteten zu. § 31 Abs. 3 GmbHG sieht hierbei auch eine subsidiäre anteilmäßige Haftung der übrigen Gesellschafter vor.

b) AG

Wie bei der GmbH haftet auch bei der AG den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen (§ 1 AktG). Da der AG als reinster Form der Kapitalgesellschaft die besondere wirtschaftliche Bedeutung zukommt, als Kapitalsammelstelle einen sonst nicht finanzierbaren Kapitalbedarf zu decken ⁴⁾, war es erforderlich,

1) Ulmer, aaO, § 30 Anm. 3.

2) Lutter, S. 52.

3) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 30 Anm. 2 A.

4) Zur Bedeutung der AG als Kapitalsammelfunktionsstelle, Geßler-Eckhardt, AktG, Vorb. Anm. 4.

den Kapitalgarantiegrundsätzen hier noch stärker Rechnung zu tragen. Jede AG muß ein in der Satzung ziffernmäßig festgelegtes Grundkapital im Mindestnennbetrag von 100 000,- DM haben (§§ 7, 23 Abs. 3 Ziff. 3 AktG). Das Grundkapital wird in der Regel durch Ausgabe von Aktien aufgebracht, auf die die Aktionäre die entsprechende Einlage zu leisten haben ¹⁾. Durch Verbot einer Unterpariemiission (§ 9 AktG) wird sichergestellt, daß der AG der volle Betrag des Grundkapitals zufließt. Entsprechend der Regelung im GmbH-Recht besteht auch hier bei Sacheinlagen oder Sachübernahmen eine Offenbarungspflicht; Gegenstand und Nennbetrag der zu gewährenden Aktien müssen in der Satzung festgesetzt werden (§ 27 AktG). Über die Gründung ist ein Gründungsbericht zu erstellen, dem bei der Sachgründung besondere Bedeutung zukommt (vgl. § 32 AktG). Schließlich dient der Aufbringung des Grundkapitals auch die in § 33 AktG normierte Gründungsprüfung.

Eine dem § 19 GmbH-Gesetz entsprechende Vorschrift findet sich in § 66 AktG, der jegliche Schmälerung der zu erbringenden Einlagen verbietet. Nach § 66 Abs. 1 Satz 2 AktG ist die Aufrechnung mit einer Forderung gegen die Gesellschaft zwecks Einlageleistung ausgeschlossen. Die Aufrechnung der Gesellschaft oder die Aufrechnung im Einverständnis mit ihr unterliegt nach einhelliger Meinung ²⁾ dem Sicherungszweck des § 66 AktG entsprechend auch hier der Einschränkung, daß die Forderung des Aktionärs vollwertig, fällig und liquide ist.

1) Eine Besonderheit gilt nur für Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln, vgl. § 207 AktG.

2) Barz in Großkomm. AktG, § 66 Anm. 11 m.w.N..

Noch weitergehendender als im Recht der GmbH sichert das Aktienrecht die Erhaltung der Vermögenssubstanz; § 57 AktG verbietet die Rückgewähr der Einlage an die Aktionäre. Während bei der GmbH nur das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft geschützt wird, unterliegt bei der AG das gesamte Betriebsvermögen einschließlich Rücklagen und stiller Reserven der Vermögensbindung, solange es nicht in einen Bilanzgewinn transformiert ist ¹⁾.

2. Die Ablehnung eines Kapitalgarantiegedankens im Recht der KG

a) Grundsätzliche Wertung

Ein Vergleich der §§ 171 ff. mit den Gläubigerschutzbestimmungen des GmbH- und Aktienrechts macht deutlich, daß im Recht der KG ein Kapitalgarantiegrundsatz nicht normiert ist. Das gilt sowohl für das Komplementärvermögen als auch für die Kommanditeinlagen. Zu wesensverschieden hat der Gesetzgeber den Gläubigerschutz ausgestaltet, als daß hier von einem gemeinsamen Prinzip ausgegangen werden kann.

Das Gesetz kennt bei der KG nicht den Begriff eines fest umrissenen, den Gläubigern zur Verfügung stehenden Stamm- oder Garantiekapitals ²⁾. Diese Funktion wird durch die unbeschränkte Haftung des Komplementärs (§§ 161 Abs. 2, 128) und die summenmäßig beschränkte Haftung des Kommanditisten (§§ 161 Abs. 1, 171 Abs. 1) ersetzt. Der Kommanditist kann

1) Barz, aaO, § 57 Anm. 3; Goerdeler/Müller in Hachenburg, GmbHG, § 30 Anm. 4.

2) H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 290.

sich allerdings von seiner persönlichen Haftung dadurch befreien, daß er der Gesellschaft einen der Haftsumme entsprechenden Vermögensbetrag zuführt. Doch ist es dem Gesetz gleichgültig, ob die Gläubiger durch die Kommanditeinlage oder die Kommanditistenhaftung gesichert werden ¹⁾. Der Kommanditist wird nicht etwa durch ein drohendes Kaduzierungsverfahren wie in §§ 21 ff. GmbHG dazu angehalten, die im Handelsregister ausgewiesene Einlage zu erbringen. Ihm wird nicht eine Pflicht auferlegt, für die Kapitalausstattung der Gesellschaft zu sorgen; er kann sogar von einer Einlagepflicht befreit sein ²⁾. Dem Kapital in der Personengesellschaft kann also nicht die gleiche rechtliche Bedeutung wie bei den Kapitalgesellschaften eingeräumt werden. Es dient hier nicht wie bei der GmbH und AG als alleinige Haftungsbasis, sondern es erscheint in erster Linie als Betriebskapital ³⁾. Über seine Aufbringung entscheiden nicht die Belange der Gläubiger, sondern innerbetriebliche Bedürfnisse der Gesellschafter ⁴⁾.

Wo aber rechtlich kein Kapital als Haftungsgrundlage erforderlich ist, kann auch nicht im weiteren Sinn von einem Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsgrundsatz als Gläubigerschutzinstrument gesprochen werden. Die Nichtexistenz eines gesetzlichen Garantiekapitals hat zur Folge, daß eine gesetzliche Fürsorge für die Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens fehlt ⁵⁾. Nur so ist es auch verständlich,

-
- 1) So treffend K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 29, allerdings ohne hieraus die notwendigen Folgerungen zu ziehen.
 - 2) Vgl. o.S. 8.
 - 3) Würdinger, AcP 144, 129 (138); Friedrich, Soz. Praxis 1938, 1155.
 - 4) Friedrich aaO.
 - 5) Ebd.

daß im Recht der KG von der Einfügung spezieller Sachgründungsvorschriften abgesehen wurde, also auch ein Aufrechnungsverbot wie in § 19 GmbHG bzw. § 66 AktG fehlt, und daß das Gesetz die Rückgewähr der Einlage nicht schlechthin verbietet, sondern hieran nur das Wiederaufleben der persönlichen Haftung des Kommanditisten knüpft (§ 172 Abs. 4).

Das Gläubigerschutzsystem ist bei der KG ein anderes; das Schwergewicht liegt hier auf der persönlichen Haftung des Komplementärs ¹⁾. Die Kopplung von persönlicher Haftung und Unternehmensleitung soll eine die Gläubiger gefährdende Unternehmensführung verhindern ²⁾. Dabei nimmt das Gesetz sogar in Kauf, daß das Fehlen des Mindestkapitals nicht in jedem Fall auch durch die persönliche Haftung der Gesellschafter kompensiert wird. Denn es verlangt keine tatsächlich vorhandene Haftungsfähigkeit der Gesellschafter ³⁾. Die Vertragsfreiheit erlaubt es, einen oder mehrere kapitalkräftige Komplementäre oder Kommanditisten ebenso aufzunehmen wie haftungsmäßig bedeutungslose Personen. Was die Kommanditeinlagen angeht, so werden die Gläubiger weder durch eine echte Einlagensicherung geschützt, noch ist eine in jedem Fall zur Verfügung stehende Haftsumme garantiert ⁴⁾.

Diese Grundsätze gelten jedenfalls uneingeschränkt für die "reine" Kommanditgesellschaft. Ob und gegebenenfalls inwieweit bei der atypischen KG hiervon Abstriche zu machen sind, wird noch zu untersuchen sein ⁵⁾.

-
- 1) BGHZ 63, 338 (340); Wiedemann, Haftung, S. 9; Würdinger, AcP 144, 129 (131); H.P. Westermann, Die GmbH & Co. KG, S. 40.
 - 2) BGHZ 60, 324 (332); BGHZ 62, 216 (226 f.); Hunscha, GmbH-Rdsch. 1973, 257 (260).
 - 3) So richtig K. Schmidt, ZGR 1976, 307 (338).
 - 4) H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 288.
 - 5) Vgl. S. 126 ff.

b) KG-spezifische Kapitalaufbringung?

Daß im Recht der Kommanditgesellschaft anders als bei den Kapitalgesellschaften kein Garantiekapital aufzubringen ist, verkennt auch K. Schmidt nicht, wenn er davon spricht, ein Kapitalaufbringungsgrundsatz erfordere bei der KG nicht Kapitalzuführung, sondern nur wertmäßige Deckung ¹⁾. Doch abgesehen von der Frage, ob Kapitalaufbringung ohne Kapitalzuführung denkbar ist, und dies nicht den Kapitalaufbringungsgedanken im herkömmlichen Sinn aushöhlen muß, verlangt das Gesetz nicht in jedem Fall eine wertmäßige Deckung der Einlage.

Hier ist noch einmal daran zu erinnern, daß der Kommanditist sich von seiner persönlichen Haftung auch dadurch befreien kann, daß er Gesellschaftsgläubiger befriedigt ²⁾. Haftungsbefreiende Wirkung in Höhe des Nominalwertes der Gläubigerforderung tritt hierbei selbst dann ein, wenn sich diese Forderung angesichts der Vermögenslage der Gesellschaft als wertlos erweist ³⁾. Der Grund besteht darin, daß auf die Haftung des Kommanditisten gerade dann zurückgegriffen werden kann, wenn sich die Gesellschaft zu einer Befriedigung außerstande sieht. Die unmittelbare Haftung des Kommanditisten soll die Gläubiger gegen die Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens schützen ⁴⁾. Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zur Rechtslage bei einer Kapitalgesellschaft,

1) Einlage und Haftung, S. 35 f.; ZGR 1976, 307 (318 f.).

2) Vgl. o. S. 10.

3) HM, vgl. nur Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 20, so aber auch K. Schmidt, Einlage und Haftung S. 50; ZGR 1976, 307 (322 f.).

4) BGHZ 51, 391 (394); Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 20.

wo eine Befreiung von der Einlageleistung grundsätzlich ausgeschlossen ist (vgl. § 19 GmbHG, § 66 AktG). So führt im Recht der Kapitalgesellschaften die Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers anders als bei der KG nur zu einer Befreiung von der Einlageverpflichtung, wenn die Forderung des Dritten fällig und vollwertig ist ¹⁾. Nur dann handelt es sich um eine Abkürzung mehrfacher Zahlungsvorgänge, die im Ergebnis die Aufbringung des Garantiekapitals nicht schmälert.

Gerade diese Ausnahme zeigt deutlich, daß im Recht der KG eben nicht von einem grundsätzlichen Prinzip objektiver Vermögensdeckung ausgegangen werden kann. Läßt sich aber der Nachweis eines kapitalmäßigen Deckungserfordernisses nicht lückenlos führen, so kann die Aufstellung eines solchen KG-spezifischen Kapitalaufbringungsgrundsatzes in Zweifelsfragen wie hier der Forderungsbewertung bei Einlageleistung mittels Aufrechnung wenig hergeben.

III. Der gesetzliche Gläubigerschutz durch Kommanditistenhaftung

Die Ablehnung eines Prinzips der objektiven Vermögensdeckung oder eines Kapitalaufbringungsgedankens im Recht der KG bedeutet im Ergebnis nicht Ablehnung eines widerspruchsfreien und in sich geschlossenen Systems der Kommanditistenhaftung.

1) Barz in Großkomm. AktG, § 66 Anm. 26; Lutter in Kölner Komm. z. AktG, § 66 Anm. 24; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 60 Anm. 6; a.A. allerdings Godin-Wilhelmi, AktG, § 66 Anm. 6. Gleiches gilt übrigens auch, wenn die Gesellschaft ihre Einlageforderung an Erfüllung Statt an einen Gläubiger abtritt, vgl. Barz, aaO.

Es wird nur in Zweifel gezogen, daß das Haftungsmodell der KG kapitalgesellschaftliche Grundsätze enthält.

Es gilt nämlich die Widersprüche der hL und der Rechtsprechung zu beseitigen. Einerseits wird für die Frage der Haftungsbefreiung bei Sacheinlagen auf das Merkmal der "echten Vermögenszuführung" ¹⁾ abgestellt, andererseits behilft man sich bei Einlageleistung durch Aufrechnung mit bilanztechnischen Erwägungen - Befreiung von einer voll zu bilanzierenden Verbindlichkeit -, um eine "echte Vermögenszuführung" im Aufrechnungszeitpunkt begründen zu können ²⁾. Dabei nimmt der BGH dann noch eine der Rechtssicherheit abträgliche Wertung und Korrektur im Einzelfall vor ³⁾. Der Grund dieser spürbaren Unsicherheit besteht letztlich darin, daß man sich nicht hinreichend bewußt ist, woraus sich das Erfordernis "echter Vermögenszuführung" eigentlich ergibt. Deswegen erkennt man dann auch nicht Inhalt und Grenzen des Gläubigerschutzes durch Kommanditistenhaftung.

1. Die Bedeutung der Handelsregistereintragung für die Haftung des Kommanditisten

Nach § 162 Abs. 1 i.V. mit den allgemeinen Vorschriften der §§ 106, 108 ist die Kommanditgesellschaft von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Eintragung hat unter anderem auch die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Einlagen zu enthalten.

1) Vgl. Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 10.

2) Schlegelberger-Geßler, aaO, § 171 Anm. 15; s. auch oben S. 41.

3) BGHZ 61, 59 (71); BGH NJW 1976, 418 (419).

Welche Bedeutung das Gesetz der Eintragung der Gesellschaft als solcher, insbesondere aber auch der Eintragung des Haftbetrages beimißt, zeigen die Vorschriften der §§ 171 ff. Erst sie führt dazu, die Haftung des Kommanditisten auf den Betrag der Einlage zu beschränken. Denn § 176 Abs. 1 ordnet die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten für bis zur Eintragung begründete Verbindlichkeiten an, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte vor ihrer Eintragung in das Handelsregister begonnen hat, es sei denn, daß dem Gläubiger die Beteiligung als Kommanditist bekannt war.

Der Umfang der Haftung des Kommanditisten wird nach § 172 Abs. 1 durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt. Zu Recht wird ihr konstitutive und nicht nur deklaratorische Bedeutung zugemessen ¹⁾. Erst die Eintragung des Haftbetrages führt gegenüber Gläubigern, die von einer Kommanditbeteiligung keine Kenntnis haben, eine Haftungsbeschränkung des Kommanditisten herbei, wie sich aus einem Vergleich mit § 176 ergibt ²⁾. Der eingetragene Betrag ist auch selbst dann für die Haftungsbeschränkung des Kommanditisten maßgebend, wenn die im Gesellschaftsvertrag festgesetzte oder die angemeldete Haftsumme davon abweicht ³⁾.

Auch die Wirksamkeit einer Änderung der Haftsumme hängt grundsätzlich von ihrer Eintragung ab. Nach § 174 ist eine Herabsetzung der Einlage gegenüber den Gläubigern nur nach entsprechender Eintragung wirksam. Nur bei Erhöhung der Haftsumme kann die

1) H. Westermann, Handbuch I, Rz. 913; Schilling in Großkomm. HGB, § 172 Anm. 4.

2) Mit einiger Berechtigung spricht Keuk, ZHR 135 (1971), 410 (418) deshalb davon, daß die Eintragung die Haftung nicht begründet, sondern limitiert.

3) H. Westermann, aaO.

Eintragung durch eine Bekanntmachung in handelsüblicher Form oder durch eine andere Mitteilung ersetzt werden (§ 172 Abs. 2).

2. Die Funktion der Handelsregistereintragung als Garantieverklärung des Kommanditisten

Da der Handelsregistereintragung, wie gezeigt, konstitutive Bedeutung zukommt, stellt sie nicht nur eine bloße Mitteilung über die Höhe der Kommanditistenhaftung dar. Sie beurkundet vielmehr eine vor dem Registerrichter an die Öffentlichkeit abgegebene Erklärung ¹⁾.

Durch diese Erklärung bringt der Kommanditist einmal zum Ausdruck, daß er nur beschränkt, nämlich in Höhe der eingetragenen Haftsumme hafte. Anderenfalls träfen ihn auch weiterhin die Rechtsfolgen der unbeschränkten Haftung nach § 176. Neben dieser haftungseinschränkenden Funktion enthält die Erklärung aber in erster Linie ein haftungsbegründendes Element. Wie sich aus dem Zusammenhang der Vorschriften der §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 und 174 ergibt, bedeutet die Erklärung des Kommanditisten die Zusage, entweder einen der eingetragenen Haftsumme entsprechenden Vermögensbetrag aus seinem Privatvermögen oder auf seine Rechnung in die Gesellschaftskasse zu leisten, oder aber bis zur Höhe dieses Betrages persönlich für die Gesellschaftsschulden zu haften ²⁾. Insoweit ist es zutreffend, mit H.P. Westermann ³⁾ von einer "in der Übernahme der Hafteinlage liegenden Garantiever-

1) ROHG 23, 286; Stuckart, S. 13; nach Flechthelm in Dür.-Hachenburg, § 164 Anm. 6 a.E. und Weipert in HGB-RGRK, § 172 Anm. 4 hat die Eintragung auch den Zweck, die Haftungsbegrenzung durch ein äußerlich erkennbares Ereignis herbeizuführen.

2) Vgl. Wiedemann, aaO, S. 1045.

3) Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 287.

klärung des Kommanditisten" zu sprechen.

Das Gesetz sieht demnach, was die Kommanditistenhaftung angeht, einen alternativen Gläubigerschutz vor. Die Gläubiger der Gesellschaft können aufgrund der im Handelsregister beurkundeten Garantieerklärung davon ausgehen, daß der Kommanditist nach seinem Beitritt als Gesellschafter entweder einen der Haftsumme entsprechenden Vermögensbetrag an die Gesellschaft geleistet hat, oder aber, daß in dieser Höhe auf das Privatvermögen des Kommanditisten zurückgegriffen werden kann.

Entscheidet sich der Kommanditist dafür, sich von seiner persönlichen Haftung befreien zu wollen, so überläßt es ihm das Gesetz, auf welche Weise er auf den Haftbetrag zahlt ¹⁾. Wählt er nicht Zahlung in Geld, so kommt es aufgrund seiner Garantieerklärung auf den objektiven Wert der geleisteten Gegenstände an ²⁾. Denn die betragsmäßig beschränkt persönliche Haftung kann nur durch eine gleichwertige andere Haftungsalternative ausgeschlossen werden. Gleichwertigkeit sieht das Gesetz nach § 171 Abs. 1 aber nur dann als gegeben an, wenn die Leistung wertmäßig dem angegebenen Haftungsbeitrag (§ 172 Abs. 1) entspricht.

Befriedigt der Kommanditist allerdings einen Gesellschaftsgläubiger, so ist für die Frage der Haftungsbefreiung hier nicht etwa auf den wirklichen Wert der Gläubigerforderung abzustellen ³⁾. Dies verträgt sich

-
- 1) Es gilt die modifizierte Verrechnungstheorie, vgl. S. 16 ff.
 - 2) Diesen Standpunkt vertritt grundsätzlich auch die hM, jedoch ohne nähere Begründung und ohne die erforderlichen Konsequenzen bei Einlageleistung durch Aufrechnung, vgl. S. 18 u. S. 40 ff.
 - 3) So auch die hM, vgl. nur Schlegelberger-Geßler, HGB, § 171 Anm. 20; aber auch K. Schmidt, vgl. Einlage und Haftung, S. 50; ZGR 1976, 307 (322 f.).

mit obigem Haftungskonzept, weil der Kommanditist sich in diesem Fall nicht für Haftungsbefreiung durch Leistung von Vermögenswerten entschieden hat, sondern aufgrund seiner betragsmäßig beschränkten persönlichen Haftung in Anspruch genommen wird. Von wem hierbei die Initiative ausgeht, ob der Kommanditist von sich aus leistet, oder ob er von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird, ist unerheblich ¹⁾. Darin besteht im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften die Besonderheit bei der Kommanditgesellschaft, daß auf die Haftung des Kommanditisten zurückgegriffen werden kann, wenn sich das Gesellschaftsvermögen als unzulänglich erweist ²⁾. Ein Grundsatz der Kapitalaufbringung besteht, wie der Vergleich mit den Kapitalgesellschaften ergeben hat, im Recht der KG eben nicht.

3. Garantieerklärung und objektive Vermögensdeckung

Im Ergebnis unterscheidet sich das hier skizzierte Haftungskonzept vom Prinzip der objektiven Vermögensdeckung Wiedemanns ³⁾ und dem Kapitalaufbringungsge-danken K. Schmidts ⁴⁾ in einem wesentlichen Punkt. Die Garantieerklärung des Kommanditisten besagt nur, daß er nach seinem Beitritt als Gesellschafter einen der Haftsumme entsprechenden Vermögensbetrag leistet, nicht aber, daß stets auch noch kapitalmäßige Deckung im Zeitpunkt der Überführung der Leistung in das haftende Gesellschaftsvermögen bestehen muß. Denn letzteres würde wieder nur ein hier nicht bestehender kapitalgesellschaftlicher Kapitalaufbringungsgrund-

1) H. Westermann, Handbuch I, Rz. 922.

2) Vgl. BGHZ 51, 391 (394).

3) Vgl. o. S. 42 ff.

4) Vgl. o. S. 44 ff.

satz verlangen.

Bei Sacheinlagen wird diese Differenzierung regelmäßig ohne Bedeutung sein, da hier eine Leistung erst durch die Einbringung des Vermögensgegenstandes in das haftende Gesellschaftsvermögen erfolgt, Leistung und Einbringung also zeitlich zusammenfallen. Sie gewinnt aber besonderes Gewicht bei der Einlageleistung durch Aufrechnung mit Gegenforderungen des Kommanditisten. Denn hier haben wir es mit einem gestreckten Leistungsvorgang zu tun, nämlich der Leistung eines Vermögenswertes an die Gesellschaft, ferner der Überführung dieser Leistung in das haftende Gesellschaftsvermögen durch Verrechnung der Forderung des Kommanditisten gegen die Einlageforderung der Gesellschaft ¹⁾.

1) Zur Bedeutung der Aufrechnungslage (§ 389 BGB) vgl. S. 84 ff.

TEIL III

Bewertungsprinzipien bei Einlageleistung durch Aufrechnung

§ 1 Forderungsbewertung bei der "reinen" Kommandit- gesellschaft

I. Der Standort der Einlageleistung durch Aufrechnung im Haftungssystem der KG

Nachdem Inhalt und Grenzen des Gläubigerschutzes durch Kommanditistenhaftung für die gesetzestypische KG grundsätzlich bestimmt sind, gilt es die erarbeiteten Grundsätze auf die Einlageleistung durch Aufrechnung zu übertragen.

Es handelt sich hierbei um die Haftungsbefreiung durch Vermögenseinlage, nicht um die Haftungsbe-freiung durch Inanspruchnahme der betragsmäßig beschränkten Haftung des Kommanditisten durch einen Gläubiger. Diese Frage ist von Bedeutung, weil, wie gesehen, nur im ersten Fall auf den objektiven Wert des Geleisteten abzustellen ist, während es bei der Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern nicht auf den wirklichen Wert ihrer Forderungen an- kommt ¹⁾.

Zwar ließe sich mit gewisser Berechtigung argumen- tieren, dem Kommanditisten komme neben seiner Ge- sellschafterstellung auch die Stellung eines Gesell- schaftsgläubigers zu, und die Aufrechnung führe im Ergebnis zur Gläubigerbefriedigung, nämlich des Kommanditisten als Drittgläubiger. Daß diese Gleich-

1) Vgl. o. S. 77 f.

stellung von Kommanditist und Drittgläubiger aufgrund der Insider-Stellung des Kommanditisten wenig überzeugend ist, hat insbesondere schon Wiedemann aufgezeigt ¹⁾. Auf der Grundlage des hier beschriebenen Haftungsmodells läßt sich aber noch ein anderes Argument gegen eine Gleichstellung des Kommanditisten mit einem Drittgläubiger ins Feld führen. Der Kommanditist gibt seine Garantieerklärung nicht gegenüber sich selbst, sondern durch eine an die Öffentlichkeit gerichtete Erklärung in Form der Handelsregistereintragung ab. Er selbst ist damit überhaupt nicht Adressat dieser Erklärung. Dementsprechend kann er nicht auf die persönliche Haftung des Kommanditisten zurückgreifen und folgerichtig nicht auch wie ein Gesellschaftsgläubiger befriedigt werden.

Die Aufrechnung ist damit im Haftungssystem der Kommanditgesellschaft grundsätzlich der Leistung eines Vermögensgegenstandes gleichzusetzen. Sie führt die Haftungsbefreiung durch Leistung einer Vermögenseinlage, nicht durch Befriedigung eines Gläubigers herbei. Die Besonderheit besteht nur darin, daß die Geldeinlage nicht durch Zahlung, sondern durch Verrechnung erbracht wird.

II. Das grundsätzliche Verhältnis der §§ 387 ff. BGB zur Einlageleistung durch Aufrechnung

1. Nennwertaufrechnung als Ausgangspunkt?

Das Gesetz geht in §§ 387 ff. BGB als selbstverständlich davon aus, daß sich Forderungen zum Nennwert gegenüberstehen und zu ihrem Nominalbetrag erlöschen. Wie verträgt sich das aber mit der Garantieerklärung des Kommanditisten, einen der Haftsumme entsprechenden Vermögensbetrag in das Gesellschafts-

1) AaO, S. 1037 (1043).

vermögen zu leisten, wenn seine Forderung gegen die Gesellschaft im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung nichts mehr wert ist? Aufrechnungsregeln und Kommanditistenhaftung geraten damit offenbar in einen unlösbaren Konflikt. Demgegenüber läßt sich nicht einwenden, daß eine (aktivische) Bewertung der Forderung aus der Sicht des die Einlage leistenden Kommanditisten nicht vorgenommen werden dürfe, weil sich das Aktivvermögen der Gesellschaft durch die Aufrechnung nicht verändere, sondern sich der Vorgang der Umwandlung von Gesellschaftsschulden in Eigenkapital nur auf der Passivseite vollziehe ¹⁾. Bereits an anderer Stelle ²⁾ wurden die Folgerungen, die die herrschende Lehre hieraus ziehen will, kritisiert. Da die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zu ihren Erlaß oder ihrer Tilgung mit dem vollen Nennbetrag anzusetzen sind, gelangt die hL nämlich zu dem Ergebnis, daß der Wert der Schuldbefreiung aus der Sicht der Gesellschaft immer dem Nominalbetrag der Forderung entspreche. Ungeachtet der augenblicklichen Durchsetzbarkeit der Forderung des Kommanditisten hält sie deshalb eine Nennwertaufrechnung stets für zulässig. Die Fragwürdigkeit dieses rein bilanzmäßigen Ansatzpunktes liegt auf der Hand, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Einlageleistung durch Aufrechnung nichts anderes als eine verschleierte Sacheinlage darstellt ³⁾. Falls nämlich der Kommanditist seine Forderung nicht im Wege der Aufrechnung "einbringt", sondern die Forderung an die Gesellschaft abtritt, - die Forderung geht dann durch Konfusion unter, - müßte für die Bewertung der Forderung unzweifelhaft auf ihren

-
- 1) Vgl. zum entsprechenden Problem bei der Umwandlung von Krediten in haftendes Kapital einer Aktiengesellschaft Geßler, Festschrift für Möhring, S. 181.
 - 2) Vgl. o. S. 48.
 - 3) So i.E. auch BGHZ 61, 59 (71 f.), wobei zu kritisieren bleibt, daß der BGH diesem Gedanken nicht in jedem Fall Beachtung schenkt, vgl. o. S. 55.

aktivischen Wert abgestellt werden. Denn die Einbringung einer Forderung im Wege der Abtretung ist Sacheinlage. Sie unterliegt aktivischen Bewertungsgrundsätzen, da sie eine Änderung des Aktivvermögens der Gesellschaft bewirkt. Der gleiche wirtschaftliche Erfolg kann also dadurch erreicht werden, daß der Kommanditist entweder seine Forderung abtritt oder mit ihr aufrechnet. Im Ergebnis kann es aber nicht richtig sein, daß der Kommanditist, je nachdem welchen Weg er wählt, einmal von seiner Haftung befreit wird, da eine Aufrechnung stets zum Nennwert erfolgen kann, das andere Mal aber möglicherweise noch persönlich haftet, da für die Forderungsabtretung Sacheinlagegrundsätze gelten. Die Konsequenz hieraus ist, daß auch bei Einlageleistung mittels Aufrechnung auf den Wert der Forderung aus der Sicht des Einlageleistenden, nicht aber auf den Wert der Verbindlichkeit aus der Sicht der Gesellschaft abzustellen ist ¹⁾. Nur so wird von vornherein der Gefahr begegnet, daß diese Art der Einlageleistung dazu mißbraucht werden kann, die aufgrund der Garantieerklärung entstandene Verpflichtung des Kommanditisten zu umgehen.

Denn es verträgt sich nicht mit dem Gläubigerschutz im Recht der KG, wenn beispielsweise ein Gläubiger, der von der Gesellschaft wegen ihrer schlechten Vermögenslage keine Zahlung mehr erhalten kann, dieser Gesellschaft beitrtritt, gegen die Einlageforderung aufrechnet, und unabhängig davon, ob die Sanierung gelingt oder scheitert, aus einer schlechten Forderung eine gute Forderung machen kann. Von der Zuführung eines Vermögenswertes kann hier nicht die Rede sein.

1) Vgl. Wiedemann, aaO, S. 1037 (1042 ff.); K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 48 f.

Obwohl die sich hieraus ergebenden Bedenken gegen das Nennwertprinzip schwer wiegen, wäre es dennoch falsch, das Nennwertprinzip durch ein Verkehrswertprinzip allgemein zu ersetzen. Denn, wie sich noch zeigen wird, gibt es Fälle, in denen eine Aufrechnung zum Nennwert noch mit dem Gläubigerschutz im Recht der KG vereinbar ist. Das Nennwertprinzip muß dem Verkehrswertprinzip nur weichen, wenn es sich im Einzelfall nicht mit der vom Kommanditisten abgegebenen Garantieerklärung verträgt. Diese Wertung folgt aus zwei Gründen. Es entspricht einmal dem gesetzlichen Grundgedanken in §§ 387 ff. BGB, Forderungen durch Aufrechnung zum Nennwert zu tilgen. Hiervon kann nur abgewichen werden, wenn der jeweilige gesellschaftsrechtliche Gläubigerschutz dies erfordert. Zum anderen besteht im Recht der Kommanditgesellschaft nicht wie bei Kapitalgesellschaften ein Grundsatz der Kapitalaufbringung, der ausnahmslos kapitalmäßige Deckung verlangt und damit eine völlige Abkehr vom Nennwertprinzip rechtfertigt ¹⁾.

2. Aufrechnungslage - Aufrechnungserklärung

Nach § 389 BGB tilgt die Aufrechnung die Forderungen in dem Zeitpunkt, in dem sie sich als zur Aufrechnung geeignet gegenüberstehen. Das Gesetz mißt der Aufrechnungslage gegenüber der Aufrechnungserklärung die entscheidende Bedeutung zu. Diese Wertung findet sich auch in den Vorschriften der §§ 390, 392, 406 BGB, ferner in § 53 KO und § 54 VerglO. Ist hieraus zu folgern, daß für die Bewertung einer Einlageleistung durch Aufrechnung ebenfalls nur auf den Zeitpunkt abzustellen ist, in dem die Forderungen aufrechenbar gegenübergetreten sind? Diese Frage wird sich immer

1) Aus den gleichen Erwägungen heraus will auch K. Schmidt das Nennwertprinzip nicht völlig aufgeben; vgl. Einlage und Haftung, S. 50; ZGR 1976, 307 (312).

dann ergeben, wenn sich der Forderungswert erst nach dem Entstehen der Aufrechnungslage verschlechtert hat. Vom Standpunkt der herrschenden Lehre stellt sich das Problem nicht, da sie eine Aufrechnung stets zum Nennwert zuläßt ¹⁾. Der BGH brauchte sich hiermit in der Entscheidung BGHZ 61, 59 ff. nicht auseinanderzusetzen, da die Forderungen der Sanierungsgläubiger schon im Zeitpunkt der Aufrechnungslage nicht mehr mit dem vollen Wert anzusetzen waren. Wiedemann geht aufgrund des Prinzips der objektiven Vermögensdeckung davon aus, daß eine Wertzuführung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung zu erfolgen habe ²⁾. K. Schmidt folgert dies aus dem Kapitalaufbringungsgrundsatz ³⁾. § 389 BGB spreche zudem nicht von einer Forderungsbewertung zum Zeitpunkt der Aufrechnungslage ⁴⁾. Auch die Rechtsprechung hat in vergleichbaren Fällen aus § 389 BGB nicht zwingend gefolgert, daß der Zeitpunkt der Aufrechnungslage für die Forderungsbewertung entscheidend sei. So bestimmte das RG ⁵⁾ den Umrechnungskurs für Fremdwährungsschulden nach dem Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung, wobei es allerdings maßgeblich darauf abstellte, daß die erforderliche Gleichartigkeit der Leistungen erst durch Ausübung der Befugnis, die Verbindlichkeit gemäß § 244 Abs. 1 BGB in deutscher Währung zu erfüllen, hergestellt werde. In einem Fall, in dem sich eine Geldsummen- und eine Geldwertschuld zur Aufrechnung gegenüberstanden, stellte der BGH ⁶⁾ für das Deckungsverhältnis trotz § 389 BGB nicht auf die Aufrechnungslage ab, sondern ließ wertende Gesichtspunkte einfließen. Er entschied, daß diese Forderungen jedenfalls dann in dem Umfang zur Zeit der Aufrechnungserklärung erlöschen, wenn

1) Vgl. o. S. 40 ff.

2) AaO, S. 1037 (1043).

3) Einlage und Haftung, S. 48.

4) ZGR 1976, 307 (324, Anm. 88).

5) RGZ 167, 60 ff.

6) BGHZ 27, 123 ff. (dazu Reinicke, NJW 1959, 361 ff.)

nur der Gläubiger aufrechnen könne. Ob dieser Deutung des § 389 BGB zuzustimmen ist, kann in dem hier interessierenden Zusammenhang jedoch dahinstehen. Denn vorstehend geht es nicht um die Frage, ob der Aufrechnungsberechtigte darauf vertrauen konnte, sich durch Aufrechnungserklärung rückwirkend von einer schuldrechtlichen Verpflichtung zu befreien, sondern darum, ob er auch damit rechnen durfte, durch die Aufrechnung seine Einlageverpflichtung mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Aufrechnungslage haftungsbefreiend zu erfüllen. Zu berücksichtigen sind damit nicht nur die Interessen der Aufrechnungsberechtigten - nur zu deren Schutz hat der Gesetzgeber die Vorschriften der §§ 389 ff. BGB geschaffen -, sondern in erster Linie der Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Hieraus folgt, daß § 389 BGB nicht die Aufrechnungslage als maßgeblichen Bewertungszeitpunkt festlegen kann; der gesellschaftsspezifisch verankerte Gläubigerschutz bestimmt vielmehr, unter welchen Voraussetzungen von dem Erfordernis der Vollwertigkeit der Forderung im Aufrechnungszeitpunkt abgesehen werden kann ¹⁾. Für das Recht der KG bedeutet dies Vereinbarkeit der Aufrechnung zum Nennwert mit der Garantieerklärung des Kommanditisten.

III. Allgemeine Einschränkungen der Nennwertaufrechnung

1. Grundsätzliche Erwägungen

Das Nennwertprinzip bedarf einer Korrektur, wenn die Gefahr besteht, daß der Kommanditist die Forderungsaufrechnung dazu benutzt, um sich seiner aufgrund der Garantieerklärung bestehenden Verpflichtung,

1) Dementsprechend erfordert der Kapitalaufbringungsgrundsatz im Recht der AG bzw. der GmbH, daß maßgebender Zeitpunkt für die Vollwertigkeit der Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ist, vgl. Lutter in Kölner Komm. z. AktG, § 66 Anm. 14; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 19 Anm. 4 A.

einen der Haftsumme entsprechenden Vermögensbetrag zu leisten, zu entziehen. K. Schmidt nennt hier besonders die Fälle, in denen die Aufrechnungslage willkürlich herbeigeführt wurde ¹⁾. Allerdings erscheint das Kriterium des "willkürlichen Schaffens der Aufrechnungslage" als Abgrenzungsmerkmal zwischen Nennwertaufrechnung und Verkehrswertaufrechnung wenig hilfreich. Denn der Begriff der Willkür enthält ein subjektives Element, das nur schwer nachzuweisen sein dürfte und auch die Gläubiger nicht ausreichend schützt. Entscheidend ist nicht die Motivation der Parteien - wenn es nur darum ginge, ließen sich die Sachverhalte schon unter die Vorschriften des § 826 BGB oder die Regeln der Konkursordnung (§§ 29 ff.) oder des Anfechtungsgesetzes (§ 3) subsumieren -, sondern der Schutz der Gläubiger.

Es sind deshalb objektive Kriterien aufzustellen, unter welchen Umständen vom Nennwertprinzip wegen der Unvereinbarkeit mit der Garantieerklärung des Kommanditisten abzuweichen ist. Wie noch im einzelnen nachzuweisen sein wird, spielt dafür unter anderem der Entstehungszeitpunkt der Forderung eine entscheidende Rolle; es fragt sich, ob die Forderung vor oder nach Beitritt des Kommanditisten in die Gesellschaft entstanden ist.

Im folgenden sollen zunächst die Prinzipien herausgearbeitet werden, die für alle Forderungsaufrechnungen gelten. Dann soll auf die verschiedenen Fallgruppen der Aufrechnung näher eingegangen werden.

1) ZGR 1976, 307 (326).

2. Das Surrogationsprinzip

Als unverzichtbar bei der Forderungsaufrechnung erweist sich zunächst der Gedanke der Surrogation. Der Begriff geht auf K. Schmidt zurück. Er hat aber schon vorher in Rechtsprechung ¹⁾ und Schrifttum ²⁾ allgemein Beachtung gefunden. Er verhindert, daß der Kommanditist mit einer "zurechtgemachten" Forderung zum Nennwert aufrechnen kann.

Hat der Kommanditist der Gesellschaft aufgrund eines Kaufvertrages Waren geliefert, so führt erst die Aufrechnung mit der Kaufpreisforderung gegen die Einlageforderung zu einer haftungsbefreienden Leistung ³⁾. Der Surrogationsgedanke sorgt nun dafür, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung nicht willkürlich bemessen wird; es wird vielmehr an den objektiven Wert des Kaufgegenstandes angeknüpft. Denn der Kommanditist soll durch die Aufrechnung nicht besser gestellt werden, als er stünde, wenn er den Kaufgegenstand selbst als Sacheinlage eingebracht hätte ⁴⁾. Es wird demnach nicht die zur Aufrechnung gestellte Forderung, "sondern diejenige Leistung, deren Surrogat die Forderung darstellt", bewertet ⁵⁾.

Der Grund für die Korrektur der Nennwertaufrechnung durch den Gedanken der Surrogation beruht auf der Unvereinbarkeit mit der Garantieerklärung des Kommanditisten. Würde der Aufrechnung mit einer Forderung, deren Nominalbetrag willkürlich bestimmt würde, haftungsbefreiende Wirkung zukommen, so würden

1) Vgl. RGZ 63, 265 (267).

2) Statt vieler Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13a; Wiedemann, aaO, S. 1037 (1042).

3) Dies ist Folge der modifizierten Verrechnungstheorie, vgl. S. 16 ff.

4) Vgl. K. Schmidt, JZ 1974, 219 (221); ZGR 1976, 307 (323).

5) K. Schmidt, ZGR 1976, 307 (323).

§ 171 Abs. 1 und § 172 Abs. 1 umgangen; der Kommanditist führte entgegen seiner Erklärung der Gesellschaft keinen Vermögensbetrag in Höhe der Haftsumme zu.

3. Das Prinzip der originären Forderungsentstehung

Das Prinzip der originären Forderungsentstehung sorgt dafür, daß eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung nur in Betracht kommt, wenn der Kommanditist mit einer in seiner Person entstandenen, nicht aber mit einer ihm abgetretenen Forderung aufrechnet. Eine derartige Einschränkung hat auch der BGH in seiner letzten Entscheidung ¹⁾ zu diesem Problemkreis vorgenommen. Der Kommanditist hatte hier eine wertlose Forderung von einem Drittgläubiger erworben, um mit ihr haftungsbefreiend gegen die Einlageforderung der Gesellschaft aufzurechnen. Der BGH begründete seine Auffassung damit, daß der aufrechnende Kommanditist das Gesellschaftsvermögen nicht unter Inanspruchnahme seines Vermögens um einen zusätzlichen Wert vermehrt habe ²⁾, so daß auch die Frage offenbleiben konnte, inwieweit die Forderung durch eine entsprechende Gegenleistung des Drittgläubigers in das Gesellschaftsvermögen gedeckt war. Diese Entscheidung ist im Ergebnis richtig. Zu kritisieren ist jedoch, daß die Begründung sich schwerlich mit der früheren Rechtsprechung ³⁾ vereinbaren läßt, wonach ein Kommanditist, der außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen eine Leistung an die

1) BGH NJW 1976, 418 (419).

2) BGH, aaO, 419.

3) BGHZ 51, 391 (394).

Gesellschaft erbringt, mit der hieraus entstandenen Forderung ohne Rücksicht auf deren wirtschaftlichen Wert aufrechnen kann. Denn in der Befreiung von einer voll zu bilanzierenden Verbindlichkeit soll hier der Zufluß eines "echten Vermögenswertes" liegen und damit die haftungsbefreiende Einlage erbracht sein ¹⁾. Es dürfte aber ein Geheimnis des BGH bleiben, weshalb dieselbe Forderung, die in der Hand eines Drittgläubigers ohne Zweifel voll zu bilanzieren war, nach ihrer Abtretung an den Kommanditisten mit einem geringeren Wert anzusetzen ist. Allein die Abtretung kann nicht dazu führen, daß die Gesellschaft nunmehr einen geringeren Betrag schuldet und entsprechend niedriger passivieren darf ²⁾. Der BGH hätte also besser daran getan, seine Rechtsprechung zur Nennwertaufrechnung grundsätzlich neu zu überdenken, anstatt den Versuch zu unternehmen, sie unter ergebnismäßiger Korrektur in das bisherige Konzept einzuarbeiten.

Diese Widersprüche lassen sich vermeiden, wenn auch hier wieder auf die Garantieerklärung des Kommanditisten abgestellt wird. Sie ist nämlich so zu verstehen, daß ein der Haftsumme entsprechender Vermögensbetrag aus dem Privatvermögen oder auf Rechnung des Kommanditisten in die Gesellschaftskasse gezahlt wird. Nur dann kann von einer echten Haftungsalternative zur betragsmäßig beschränkten Haftung des Kommanditisten gesprochen werden. Deshalb kommt es im Ergebnis, wie der BGH richtig entschieden hat, nicht darauf an, ob und gegebenenfalls welche Werte der Zedent an die Gesellschaft geleistet hat. Aus seinem Privatvermögen

1) BGHZ 51, 391 (394); BGHZ 61, 59 (70 f.).

2) Vgl. schon die krit. Stellungnahme S.55.

hat der Kommanditist aber zu keinem Zeitpunkt eine Leistung in Höhe des erklärten Haftbetrages an die Gesellschaft erbracht. Deshalb ist es gerechtfertigt, der Nennwertaufrechnung keine haftungsbefreiende Wirkung beizumessen. Der Surrogationsgedanke kann also auf in der Person des Kommanditisten entstandene, nicht auf Forderungen, die ihm abgetreten worden sind, angewandt werden.

Das Prinzip der originären Forderungsentstehung verhindert damit ebenso wie der Surrogationsgedanke, daß der Kommanditist sich seiner Verpflichtung, einen Vermögensbetrag in Höhe der Haftsumme an die Gesellschaft zu leisten oder aber bis zu diesem Betrag persönlich zu haften, entziehen kann. Würde man anders entscheiden, so könnte eine wertlose Forderung des Drittgläubigers gegen die Gesellschaft durch Abtretung an den Kommanditisten mit einem Schlag ihre "Vollwertigkeit" zurückgewinnen. Es dürfte dann keine Frage mehr sein, daß der Kommanditist auch den Zedenten im Rahmen einer "Gegenleistung" entsprechend honorieren würde. Derartigen Geschäften gilt es aber im Gesamtgläubigerinteresse vorzubeugen.

IV. Der Geltungsbereich des Nennwertprinzips

Nachdem zunächst dargelegt worden ist, daß eine Nennwertaufrechnung immer durch den Surrogationsgedanken und das Prinzip originärer Forderungsentstehung eingeschränkt wird, soll im folgenden unter dem Nennwertprinzip auch nur eine in dieser Weise korrigierte Nennwertaufrechnung verstanden werden.

Es ist nunmehr zu untersuchen, ob sich ein so definiertes Nennwertprinzip mit der Garantieerklärung

des Kommanditisten generell vereinbaren läßt, oder ob das Nennwertprinzip in bestimmten Fällen weiteren Einschränkungen unterliegt.

1. Forderungsaufrechnung bei rechtlicher Identität der Kommanditgesellschaft

a) Begriff

Unter Forderungsaufrechnung bei rechtlicher Identität der Gesellschaft wird verstanden, daß die Rechtsform der Kommanditgesellschaft durch den Beitritt des Kommanditisten nicht verändert wird. Der Kommanditist wird Gesellschafter einer bereits bestehenden Kommanditgesellschaft. Demgegenüber stehen die Fälle, in denen der Kommanditistenbeitritt zu einer Änderung der Rechtsform führt, ein Einzelunternehmen oder eine GmbH also in eine KG umgewandelt wird; hier läßt sich nur von einer wirtschaftlichen Identität sprechen.

b) Aufrechnung mit einer nach Beitritt entstandenen Forderung

Tritt ein Kommanditist einer bestehenden Kommanditgesellschaft bei, so kann wiederum danach unterschieden werden, ob er mit einer sogenannten Altforderung, also einer Forderung aufrechnet, die er bereits vor seinem Beitritt gegen die Gesellschaft erworben hat, oder ob die zur Aufrechnung gestellte Forderung erst nach seinem Beitritt als Gesellschafter entstanden ist. Dieser zweite Fall soll hier zuerst behandelt werden. Dazu folgendes Beispiel:

K ist einer Kommanditgesellschaft am 1.1. als Kommanditist mit einem Haftbetrag in Höhe von 50 000,- DM beigetreten. Am 1.7. liefert er der Gesellschaft Waren zum Preis von 50 000,- DM. Die Waren sind diesen Preis auch wert. Mit dieser Kaufpreisforderung rechnet er am 1.10. gegen die Einlageforderung der Gesellschaft auf. Im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ist seine Forderung wegen der schlechten Vermögenslage der Gesellschaft wertlos. Hat K eine haftungsbefreiende Einlage geleistet?

Entsprechend den vorangestellten Ausführungen ist zunächst vom Nennwertprinzip auszugehen. Der Surrogationsgedanke hat in einer ersten Stufe dafür gesorgt, daß sich der Nominalwert der Forderung nach dem Wert der gelieferten Kaufgegenstände (hier: 50 000,- DM) bemißt. Hier geht es aber um die zweite Stufe der Forderungsbewertung ¹⁾. Denn die zunächst richtig bewertete Forderung hat im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ihren Wert verloren. Die Garantieerklärung des Kommanditisten verlangt, daß er nach seinem Beitritt in die Gesellschaft einen der Haftsumme entsprechenden Vermögensbetrag leistet ²⁾. Stellt man hier allein auf den Zeitpunkt der Aufrechnung ab, so hat er diese Verpflichtung nicht erfüllt; die Forderung war nichts mehr wert.

Aber ist nicht auch zu berücksichtigen, daß der Kommanditist der Gesellschaft nach seinem Beitritt einen Vermögenswert in Höhe von 50 000,- DM durch Lieferung der Waren zugeführt hat? Dagegen ließe sich

1) Vgl. Wiedemann, aaO, S. 1037 (1042).

2) Die Eintragung des Kommanditisten im Handelsregister, aufgrund derer sich erst die Garantieerklärung ergibt, ist in obigem Beispiel selbstverständlich vorausgesetzt. Anderenfalls ergäbe sich für die zwischen Eintritt und Eintragung begründete Verbindlichkeit allein die unbeschränkte Haftung aus § 176 Abs. 2.

zunächst einwenden, daß die Lieferung ihre causa allein in dem Kaufvertrag hatte, nicht aber eine Leistung auf die Haftung erfolgen sollte. Dennoch ist es gerechtfertigt, diese Leistung für die Frage einer haftungsbefreienden Aufrechnung zum Nennwert einzubeziehen. Hierfür sprechen vor allem zwei Gründe. Einmal darf es im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob die Warenlieferung bereits von Anfang an als Leistung auf die Haftung erfolgte, oder ob der Rechtsgrund dieser Wertzuführung zunächst in der Erfüllung des Verkehrsgeschäftes bestand, und erst später durch die Aufrechnung eine Anrechnung auf den Haftbetrag erfolgt. Denn würde man das Verhältnis zwischen Kommanditist und Gesellschaft einer "reinen" Verrechnungstheorie folgend kontokorrentartig auffassen, so unterläge es keinem Zweifel, daß der Kommanditist mit Lieferung der Waren, und zwar trotz des abgeschlossenen Kaufvertrages als causa für die Leistung, seine Haftung entsprechend ihrem objektiven Wert abgetragen hätte. Die Haftung würde erst dann wieder aufleben, wenn die Gesellschaft den Kaufpreis entrichtet (vgl. § 172 Abs. 4). Es ist nun aber nicht einsichtig, daß der Kommanditist durch die Ausklammerung der Leistungen, denen eine außer- oder innergesellschaftliche ¹⁾ causa zugrunde liegt, schlechter gestellt werden soll. Dies gilt um so mehr, als der Grund der Nichtberücksichtigung als Haftleistung allein darin zu suchen war, die Leistungsbeziehungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft überschaubarer zu gestalten ²⁾. Gerade diese Schlechterstellung träte aber ein, wollte man dem Kommanditisten eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung hier versagen. Es würde von ihm nämlich immer dann

1) Gemeint sind hier die sog. Sozialansprüche.

2) Vgl. o.S. 16.

eine "doppelte" Leistung verlangt werden, wenn sich seine Forderung aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft verschlechtert hat.

Zum anderen ist im Recht der Kommanditgesellschaft eben kein Kapitalaufbringungsgrundsatz verankert, der im Zeitpunkt der Aufrechnung stets auch kapitalmäßige Deckung verlangen würde ¹⁾. Die Garantieerklärung verlangt nur, daß der Kommanditist nach seinem Beitritt Vermögenswerte in Höhe des Haftbetrages zuführt. Die Warenlieferung konnte zwar nicht unmittelbar zu einer Haftungsbefreiung führen, da die Lieferung auf dem Kaufvertrag beruhte. Diese Leistung gilt es aber bei der später erfolgenden Forderungsverrechnung zugunsten des Kommanditisten zu berücksichtigen. Denn der Kommanditist hätte die Lieferung ja auch sofort auf die Haftung erbringen oder sofort aufrechnen können, ohne daß dem die Garantieerklärung entgegengestanden hätte oder dies von den Gesellschaftsgläubigern hätte verhindert werden können.

Mit anderen Worten läßt sich deshalb sagen, daß der Surrogationsgedanke nicht nur auf die erste Stufe des Entstehungszeitpunkts der Forderung, sondern bis zum Aufrechnungszeitpunkt als zweiter Bewertungsstufe fortwirkt. Für die Bewertung wird die Forderung nicht nur als Surrogat der Leistung ²⁾, sondern im Zeitpunkt der Aufrechnung auch die Leistung als Surrogat der Forderung angesehen. Leistung und Forderung bilden demnach bewertungsmäßig eine Einheit. Dieses KG-spezifische Haftungskonzept rechnet somit eine Verschlechterung der Forderung zwischen Entstehung und Aufrechnung nicht

1) Vgl. o. S. 73.

2) Vgl. o. S. 88,

mehr dem Risikobereich des Kommanditisten zu. Dies ist Folge davon, daß die Frage der Haftungsbefreiung des Kommanditisten im Ergebnis nicht davon abhängig ist, welcher Leistungszweck bei der Vermögenszuführung verfolgt wird, ob also gleich auf die Haftung geleistet wird, oder aber erst durch die spätere Forderungsverrechnung die Haftung abgetragen werden soll.

Auch unter dem Gesichtspunkt, das Nennwertprinzip nur dort zuzulassen, wo eine Gefahr der Umgehung durch die Aufrechnung nicht besteht, ergeben sich hier keine Bedenken. Denn der Kommanditist kann sich der Einlageleistung durch Aufrechnung nicht etwa zu dem Zweck bedienen, Befreiung von der persönlichen Haftung zu erlangen, ohne sein Privatvermögen schmälern zu müssen. Der aus §§ 387 ff. BGB folgende Vertrauensschutz des Kommanditisten auf die Aufrechnungsmöglichkeit gegen die Einlageforderung der Gesellschaft kann damit seinen Vorrang vor den Gläubigerinteressen behalten.

Im obigen Beispielsfall hat Kommanditist K somit seine haftungsbefreiende Einlageleistung durch die Aufrechnung mit der Kaufpreisforderung zum Nennwert erbracht ¹⁾.

c) Aufrechnung mit einer vor Beitritt entstandenen Forderung

Von diesen nachträglichen Drittgeschäften sind die Fälle der Aufrechnung mit Altforderungen aus der Zeit vor Beitritt des Kommanditisten zu unterscheiden ²⁾.

- 1) Zu diesem Ergebnis würde auch die hM in Rspr. und Lit. gelangen, vgl. RGZ 63, 265; BGHZ 51, 391 ff.; Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13a; a.A. aber Wiedemann, aaO, S. 1037 (1043) mit Zustimmung K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 52.
- 2) So treffend die Differenzierung bei Wiedemann, aaO, S. 1043, der im Ergebnis beide Fälle jedoch gleichbehandelt.

Fast ausschließlich wird es sich hierbei um sog. Sanierungsfälle handeln ¹⁾. Es wird versucht, illiquide Unternehmen dadurch zu sanieren, daß Großgläubiger der Gesellschaft beitreten, wobei die vereinbarte Geldeinlage durch Aufrechnung mit bestehenden Forderungen erbracht wird. Das Problem haftungsbefreiender Nennwertaufrechnung wird sich in Sanierungsfällen nur stellen, wenn die durch Gläubigerbeitritt beabsichtigte Sanierung des Unternehmens fehlschlägt. Glückt die Sanierung, dann ist die aufgerechnete Forderung mit ihrem vollen Wert auf die Hafteinlage des Kommanditisten anzurechnen ²⁾. Hätte der als Kommanditist beitretende Gläubiger die Unternehmenssanierung nämlich durch Kreditgewährung oder Leistung einer Bareinlage bewirkt, so könnte er nach der wirtschaftlichen Gesundung des Unternehmens seine Forderungen gegen die Einlageforderung haftungsbefreiend aufrechnen oder Zahlung von der Gesellschaft erhalten. Erreicht aber ein Sanierungsgläubiger durch die Aufrechnung gegen die Einlageforderung der Gesellschaft den gleichen Erfolg, so kann er im Ergebnis nicht schlechter stehen. Wollte man hier anders entscheiden, so würden die untätig gebliebenen Gläubiger besser gestellt sein. Sie könnten aufgrund der erfolgreichen Sanierung volle Befriedigung ihrer Forderungen erhalten. Der Gläubiger aber, der seine Forderung zur Sanierung geopfert und damit auch Erfolg gehabt hat, würde noch einmal zur Kasse gebeten, wenn man von ihm noch Zahlung der Hafteinlage verlangen würde. Veranschaulichen läßt sich der Fall einer fehlgeschlagenen Unternehmenssanierung durch Aufrechnung mit Altforderungen an

-
- 1) Als weiterer Beispielsfall ist die Aufrechnung mit verauslagten Gründungskosten zu nennen, vgl. RGZ 17, 37.
 - 2) Zum allg. Problem einer Erhöhung des Forderungswertes nach der Aufrechnung, vgl. S. 136.

folgendem Beispiel:

Am 1.2. hat X aufgrund eines Kaufvertrages Waren im Wert von 50 000,- DM zum Preis von 50 000,- DM an die Kommanditgesellschaft geliefert. Die Gesellschaft gerät in finanzielle Schwierigkeiten. X tritt deshalb am 1.7. der Gesellschaft mit einem Haftbetrag in Höhe von 50 000,- DM bei, und zwar unter gleichzeitiger Aufrechnung gegen die Einlageforderung. Die Kaufpreisforderung des X war in diesem Zeitpunkt völlig wertlos. Die Gesellschaft fällt in Konkurs.

Die besonderen Bedenken gegen eine haftungsbefreiende Aufrechnung mit der wertlosen Kaufpreisforderung bestehen hier darin, daß die Aufrechnungslage künstlich, und zwar in dem Bewußtsein herbeigeführt wurde, daß diese Forderung schon im Zeitpunkt des Beitritts wertmäßig nicht mehr dem Nennbetrag entsprach. Es wurde jedoch schon an anderer Stelle betont, daß allein subjektive Elemente als Abgrenzung für und gegen das Nennwertprinzip wenig geeignet erscheinen ¹⁾. Die Testfrage lautet vielmehr auch hier wieder, ob die Aufrechnung zum Nennwert mit der Garantieerklärung des Kommanditisten vereinbar ist. Stellt man allein auf den Forderungswert im Aufrechnungszeitpunkt ab, so muß dies zweifellos verneint werden. Jedoch könnte ebenfalls zugunsten des Kommanditisten Berücksichtigung finden, daß er der Gesellschaft, allerdings schon vor seinem Beitritt als Kommanditist, einen Vermögenswert in Höhe der Haftsumme zugeführt hat. Oder anders formuliert ist hier die Frage zu stellen, ob auch in diesen Fällen der Surrogationsgedanke bis zum Aufrechnungszeitpunkt fortwirken kann. Dies wird

1) Vgl. o. S. 87.

man hier jedoch im Ergebnis verneinen müssen. Denn für die Haftungsbefreiung nach § 171 Abs. 1 genügt es nicht, daß der Kommanditist zu irgendeinem Zeitpunkt der Gesellschaft Leistungen erbracht hat. Die im Handelsregister beurkundete Garantieerklärung besagt nämlich, daß die Vermögensleistungen nach seinem Beitritt in die Gesellschaftskasse gelangt sein müssen, wenn die persönliche Haftung ausgeschlossen sein soll. Eine Wertzuführung zu einem Zeitpunkt, als der Kommanditist "nur" Gläubiger der Gesellschaft war, erweist sich demnach als unvereinbar mit dieser Erklärung.

Worum es entscheidend geht, ist der Schutz der Gläubiger, deren Forderungen nach Beitritt des Kommanditisten begründet wurden, und die aufgrund der Handelsregistereintragung davon ausgehen können, daß sich die Kreditgrundlage der Gesellschaft der Eintragung entsprechend erhöht hat. Würde man den Surrogationsgedanken hier auch fortwirken lassen und eine haftungsbefreiende Aufrechnung zum Nennwert zulassen, so wäre das ausgewiesene zusätzliche Haftungspotential der Gesellschaft schon vor dem Beitritt des neuen Kommanditisten verbraucht worden, zu einem Zeitpunkt also, als es diesen Neugläubigern nicht zugute kommen konnte.

Das Handelsregister schweigt darüber, ob es sich um einen "Sanierungsbeitritt" handelt, bei dem sich das Haftungspotential, ließe man die Nennwertaufrechnung zu, gerade nicht erhöht hat, oder ob der Beitritt den Zugriff auf einen zusätzlichen Haftbetrag ermöglicht. Dieser Umstand ist es, der Bedenken gegen die hM hervorrufen muß, da sie uneingeschränkt für das Nennwertprinzip eintritt ¹⁾. Unternehmenssanierung mag aus den verschiedensten Gründen erwünscht sein,

1) Vgl. BGHZ 51, 391 (394); statt vieler Schilling in Großkomm. HGB § 171 Anm. 13a; s. auch o.S. 48 f.

doch sie darf nicht auf Kosten der Neugläubiger erfolgen ¹⁾. Denn insbesondere sie würden es sein, die einen bedeutenden Beitrag zum Versuch der Unternehmenssanierung leisten, wenn sie im Vertrauen auf die Registereintragung neue Umsatzgeschäfte mit der Gesellschaft tätigen. Demgegenüber geht der eintretende Kommanditist nur ein geringes Risiko ein. Für seine Forderung hätte er allenfalls die Konkursquote bekommen. Scheitert die Sanierung, so wird er sich kaum schlechter stellen, insbesondere weil er sein Risiko aufgrund der anläßlich der Sanierungsverhandlungen erhaltenen Insider-Informationen sorgfältig abwägen konnte.

Steht eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung damit schon nicht mit der Garantieerklärung des Kommanditisten im Einklang, nach seinem Beitritt Vermögenswerte in Höhe des Haftbetrages zu leisten, so besteht hier auch in besonderem Maße die Gefahr der Umgehung. Würde man das Nennwertprinzip zulassen, so wäre es durch Schaffung absichtlich herbeigeführter Aufrechnungslagen möglich, in den Genuß der Vorteile einer Kommanditbeteiligung zu kommen, ohne gleichzeitig den Nachteil der Leistung eines Vermögenswertes in Höhe der Haftsumme in Kauf nehmen zu müssen. Die prinzipiellen Bedenken liegen auf der Hand, da dann nicht mehr von der Einlageleistung mittels Aufrechnung als gleichwertigem Instrument der Haftungsbefreiung unter vielen gesprochen werden könnte. Es geht darum, von vornherein zu verhindern, daß die Aufrechnung als eine Art Wundermittel dazu benutzt werden kann, um aus wertlosen Forderungen

1) So treffend noch K. Schmidt, JZ 1974, 219 (221).

wieder "vollwertige" Forderungen zu machen ¹⁾.

Für eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung ist also dann kein Platz mehr, wenn der Kommanditist mit einer vor seinem Beitritt entstandenen Forderung aufrechnet ²⁾. Die Forderung unterliegt vielmehr der Bewertung nach Sacheinlagegrundsätzen, d.h. ihr objektiver Wert im Aufrechnungszeitpunkt bestimmt grundsätzlich den Umfang der Haftungsbefreiung ³⁾. Das Nennwertprinzip hat dem Verkehrswertprinzip zu weichen. Der Grund hierfür liegt dabei nicht in einem Kapitalaufbringungsgrundsatz, sondern ist in dem Haftungskonzept der §§ 171 ff. selbst angelegt.

Die Entscheidung für das Verkehrswertprinzip erfolgt in dem Bewußtsein, daß sich hieraus negative Auswirkungen auf die Sanierungsbereitschaft der Altgläubiger ergeben werden. Denn falls die Sanierung mißlingt, ist der als Kommanditist beitretende Gläubiger gezwungen, "zusätzliche" Werte in das Gesellschaftsvermögen zu überführen, wenn er seine persönliche Haftung ausschließen will. Praktisch muß er schlechtem Geld noch gutes Geld hinterherwerfen. Diese möglichen Konsequenzen können jedoch nicht dazu führen, den Schutz der Neugläubiger außer acht zu lassen. Diesen Konflikt gilt es vielmehr auf andere Weise zu lösen ⁴⁾.

Als Ergebnis des Beispielsfalles ist demnach festzuhalten, daß sich X mit der Forderungsaufrechnung nicht von seiner persönlichen Haftung befreit hat ⁵⁾.

- 1) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 49 spricht von einer Quasi-Vollstreckungswirkung der Aufrechnung.
- 2) Anders die hM, vgl. BGHZ 51, 391 (394); Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 13a; im Ergebnis so wie hier Wiedemann, aaO, S. 1037 (1043), K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 54.
- 3) Zur Frage einer Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes der Forderung nach Aufrechnungsvollzug, vgl. S. 136.
- 4) Vgl. unten S. 152 ff.
- 5) Zur Frage, ob dies auch gegenüber Altgläubigern gilt, vgl. S. 104.

d) Ausschluß des Nennwertprinzips bei Wertverlust
der Forderung zwischen Beitritt und Aufrechnung?

Falls der Kommanditist mit einer bereits vor seinem Beitritt entstandenen Forderung aufrechnet, wird die Forderung meistens schon im Zeitpunkt des Beitritts wertlos sein, also nicht erst zwischen Beitritt und Aufrechnung an Wert verloren haben. Dies ist ja gerade symptomatisch für Unternehmenssanierungen durch Kommanditistenbeitritt.

Allerdings ist es auch denkbar, daß ein Kommanditist mit einer Altforderung aufrechnet, deren Wert sich erst nach seinem Beitritt verringert hat. Die Frage ist, soll man auch hier das Nennwertprinzip aufgeben, obwohl nicht in dem Maße die Gefahr einer Umgehung der Garantieerklärung gegeben ist. Denn schließlich kann der Beitritt hier nicht von vornherein zu dem Zweck erfolgen, um sich durch die Aufrechnung seiner Verpflichtung zur Leistung des Haftbetrages zu entziehen.

Da im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung selbst auch hier wieder keine Wertzuführung erfolgt, wird man eine Nennwertaufrechnung nur rechtfertigen können, wenn der Surrogationsgedanke bis auf den Zeitpunkt des Beitritts bezogen werden kann ¹⁾. Dies bejaht offensichtlich das RG in der Entscheidung RGZ 63, 265 ff., wenn es die haftungsbefreiende Aufrechnung davon abhängig macht, daß das Unternehmen bei seiner Gründung nicht überschuldet war ²⁾. Auch K. Schmidt sieht die Orientierung des Surrogationsgedankens am Zeitpunkt des Beitritts als unverzichtbare Mindestforderung an, wenn man nicht schon dem Kapitalauf-

1) Dieser entspricht dem Zeitpunkt der Aufrechnungslage i.S. von § 389 BGB.

2) Hier ging es allerdings nicht um den Beitritt in eine schon bestehende KG.

bringungsgedanken im Sinne Wiedemanns folgen wolle ¹⁾.

Geht man auch hier wieder von der Garantieerklärung des Kommanditisten aus, so wird man jedoch auch in diesen Fällen das Nennwertprinzip durch das Verkehrswertprinzip ersetzen müssen. Denn sie verlangt, daß die Werte erst nach dem Eintritt des Kommanditisten in die Gesellschaft gelangt sein müssen, wenn eine Befreiung von der persönlichen Haftung erfolgen soll. Deshalb kann der Surrogationsgedanke hier auch nicht weiterhelfen, da die Warenlieferung bereits zu einem Zeitpunkt erfolgte, als der Kommanditist noch nicht Gesellschafter war. Forderung und Leistung können bewertungsmäßig nur eine Einheit bilden, wenn der Kontrahent der Gesellschaft im Zeitpunkt der Vermögenszuführung schon als Kommanditist, nicht aber nur als Gläubiger gegenüberstand. Denn die Anwendung des Surrogationsgedankens hat seine entscheidende Berechtigung darin gefunden, den Kommanditisten, der später aufrechnet, nicht schlechter zu stellen, als er stünde, wenn er seine Leistung von Anfang an auf die Haftung erbracht hätte ²⁾. Auf diese Entscheidung haben die Gesellschaftsgläubiger keinerlei Einflußmöglichkeit, beides erweist sich aber als mit der Garantieerklärung vereinbar. Vorliegend besteht für den Kommanditisten aber überhaupt keine derartige Wahlmöglichkeit. Die Lieferung der Waren konnte nur in Erfüllung des Kaufvertrages erfolgen. Damit fehlt es aber auch an einer Rechtfertigung für die Anwendung des Surrogationsgedankens ³⁾.

1) K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 54.

2) Vgl. S. 88.

3) Entgegen K. Schmidt, aaO, S. 54 dürften auch die praktischen Schwierigkeiten, die eine nur "gedachte" Wertzuführung mit sich bringt, wenn für die Bewertung auf den Zeitpunkt des Beitritts abgestellt wird, nicht so einfach von der Hand zu weisen sein.

e) Ausschluß des Nennwertprinzips bei Aufrechnung mit Altforderungen gegenüber Altgläubigern?

Das Ergebnis vorstehender Überlegungen war, daß das Nennwertprinzip dem Verkehrswertprinzip weichen muß, wenn der beitretende Kommanditist mit einer sog. Altforderung, also einer Forderung aufrechnet, die bereits vor seinem Beitritt entstanden ist. Dieses Erfordernis ergibt sich daraus, daß der Kommanditist im Handelsregister erklärt, seine Haftung sei nur ausgeschlossen, wenn er einen Vermögensbetrag nach seinem Beitritt in Höhe der Haftsumme leiste.

Nach § 173 haftet der in eine bestehende Handelsgesellschaft und damit auch in eine Kommanditgesellschaft als Kommanditist Eintretende auch für die vor seinem Beitritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Diese Vorschrift ist § 130 nachgebildet, wonach dem in eine OHG Eintretenden ebenfalls eine Haftung für die vor seinem Beitritt entstandenen Altforderungen auferlegt ist. Gegenüber diesen Altgläubigern treffen die Erwägungen, die entscheidend für einen Ausschluß des Nennwertprinzips gesprochen haben, aber nicht zu. Zwar richtet sich die Garantieerklärung des Kommanditisten, er hafte in Höhe der Einlage, seine Haftung sei aber ausgeschlossen, wenn er die Einlage geleistet habe, an alle Gesellschaftsgläubiger. Die Entstehung der Forderungen der Altgläubiger kann jedoch in keinen kausalen Zusammenhang damit gebracht werden, daß die Eintragung im Handelsregister bei ihnen einen entsprechenden Vertrauensstatbestand geschaffen hätte. Denn sie konnten zu keinem Zeitpunkt mit dem Haftungspotential des beitretenden neuen Kommanditisten rechnen.

Weiterhin würde eine Nennwertaufrechnung des zwecks Sanierung beitretenen Kommanditisten auch nicht auf ihre Kosten erfolgen können; im Gegenteil, auch sie könnten durch einen Sanierungsbeitritt nur gewinnen. Denn mißlingt die Sanierung, so stehen sie nicht schlechter als vorher. Hat die Sanierung aber Erfolg, so können sie sich sogar völlig schadlos halten. Schon abgeschriebene Forderungen wären wieder voll realisierbar.

Es gäbe also gute Gründe dafür, gegenüber Altgläubigern wegen ihrer fehlenden Schutzbedürftigkeit das Nennwertprinzip beizubehalten. Schließlich bestand zwischen dem Eintretenden und den übrigen Altgläubigern auch als Gläubiger eine Art Risikogemeinschaft. Weshalb also sollte dem als Kommanditisten Beitretenden als Folge dieser Gleichstellung nicht zugute kommen, daß er der Gesellschaft als Gläubiger schon einmal einen Vermögenswert zugeführt hat, und der Surrogationsgedanke deshalb gegenüber Altgläubigern nicht bis zum Aufrechnungszeitpunkt fortwirken ?

Die Antwort auf diese Frage ist dem Gesetz selbst zu entnehmen. Was entscheidend dagegen spricht, sind Inhalt und Zweck des § 173. Danach haftet der in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist Eintretende auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten nach Maßgabe der §§ 171, 172. Anders als in § 28, wo es um die Haftung des in ein bestehendes Einzelunternehmen Eintretenden geht, handelt es sich hier um unabdingbares Recht ¹⁾. Der Grund dieser Einbeziehung der Altgläubiger in die Haftung des Kommanditisten besteht nicht darin, daß der Eintritt eines neuen Gesellschafters einen

1) Vgl. § 28 Abs. 2.

Vertrauenstatbestand geschaffen hätte; denn die Gesellschaftsgläubiger können nur auf den Bestand der Gesellschaft im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses vertrauen, nicht auf eine Erweiterung der Haftungsgrundlage durch das Hinzutreten eines neuen Gesellschafters ¹⁾. Die Intentionen des Gesetzgebers liegen auf einer anderen Ebene. Wie sich den Protokollen ²⁾ entnehmen läßt, ging es dem Gesetzgeber entscheidend um eine Solidarhaftung aller Gesellschaftler. Man befürchtete, daß die "Ausscheidung gewisser Schulden gegenüber einigen Gesellschaftern nicht passe und zu ganz unlösbaren Verwicklungen führen werde" ³⁾. Respektiert man den gesetzlichen Gedanken einer Solidarhaftung aller Gesellschaftler, so verbietet sich eine Differenzierung zwischen Altgläubigern und Neugläubigern nicht nur dann, wenn es um die Haftung für die Verbindlichkeiten als solche geht, sondern auch, wenn es um die Frage einer haftungsbefreienden Einlageleistung geht. Dies folgt aus der Verweisung in § 173 auf die §§ 171, 172. Das Ziel einer Solidarhaftung aller Gesellschaftler läßt sich nämlich nur dann erreichen, wenn gleiche Leistungen nicht unterschiedliche haftungsbefreiende Wirkungen entfalten können. Dieses vom Gesetzgeber nicht gewollte Ergebnis würde sich aber ergeben, wenn verschiedene Bewertungsprinzipien bei Leistung der Einlage durch Aufrechnung Anwendung fänden.

Rechtsfolge des § 173 ist damit, daß der neu eintretende Kommanditist für die alten Verbindlichkeiten der KG haftet, wie wenn sie erst zur Zeit seiner

1) Nitschke, S. 398 Anm. 97.

2) Vgl. Lutz, Protokolle, S. 280.

3) Makower, S. 143 Anm. 44 d.

Mitgliedschaft begründet worden wären ¹⁾. Die Altgläubiger sind zu behandeln, wie wenn die Begründung ihrer Forderungen im Vertrauen auf die Garantieerklärung dieses Kommanditisten erfolgt wäre. Das Gesetz fingiert gewissermaßen die fehlende Kausalitätsbeziehung zwischen Forderungsbegründung und Registereintragung.

Angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 173 und seines ebenso eindeutigen Sinngehalts kann das Nennwertprinzip auch nicht gegenüber Altgläubigern gelten.

f) Zusammenfassung

Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Kommanditgesellschaft ein und erbringt er seine Leistung durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung, so läßt sich die Frage nach dem anzuwendenden Bewertungsprinzip wie folgt beantworten:

- (1) Aufgrund der §§ 387 ff. BGB ist grundsätzlich an der Nennwertaufrechnung festzuhalten. Hier- von ist nur dann abzuweichen, wenn die Nenn- wertaufrechnung mit der Garantieerklärung des Kommanditisten nicht vereinbar ist.
- (2) Die Nennwertaufrechnung ist allgemein durch das Surrogationsprinzip und das Prinzip der origi- nären Forderungsentstehung zu korrigieren.
 - (a) Das Surrogationsprinzip trägt dafür Sorge, daß sich der Nominalbetrag der Forderung im Entstehungszeitpunkt stets an der dahinter stehenden Leistung im weitesten Sinn orien-

1) Schlegelberger-Geßler, HGB, § 173 Anm. 9.

tiert.

- (b) Das Prinzip der originären Forderungsentstehung bewirkt, daß nur in der Person des Kommanditisten entstandene Forderungen einer Nennwertaufrechnung zugänglich sind.
- (3) Rechnet der Kommanditist mit einer nach seinem Beitritt in die Gesellschaft entstandenen Forderung gegen den Haftungsanspruch auf, so ist unabhängig vom Wert der Forderung im Aufrechnungszeitpunkt an der (korrigierten) Nennwertaufrechnung festzuhalten. Denn hier erfolgte unter Beachtung des Surrogationsgedankens eine Wertzuführung in Höhe des Haftbetrages entsprechend der Garantieerklärung; die nach dem Beitritt erbrachte Leistung des Kommanditisten und die Forderung auf Entgelt für diese Leistung sind bewertungsmäßig als Einheit anzusehen.
- (4) Rechnet der Kommanditist mit einer sog. Altforderung gegen den Haftungsanspruch auf, so kommt es für die Höhe der Haftungsbefreiung auf den Wert der Forderung im Aufrechnungszeitpunkt an. Das Nennwertprinzip ist durch das Verkehrswertprinzip zu ersetzen, da keine Vermögenszuführung nach seinem Beitritt erfolgte. Dies gilt aufgrund der zwingenden Vorschrift des § 173 auch im Verhältnis zu den Altgläubigern der Gesellschaft.
2. Forderungsaufrechnung bei nur wirtschaftlicher Identität der Kommanditgesellschaft

Wie eingangs ¹⁾ schon erwähnt, sind hierunter die Fälle zu verstehen, in denen der "Beitritt" des

1) Vgl. S. 92.

Kommanditisten zu einer Änderung der Rechtsform der Gesellschaft führt. Das bisherige Unternehmen, hier kann es sich beispielsweise um das Geschäft eines Einzelkaufmanns mit oder ohne stillem Gesellschafter (§ 335 ff)¹⁾, eine OHG oder eine GmbH²⁾ handeln, soll durch den Beitritt eines Gläubigers als Kommanditist erweitert werden. Fast ausschließlich wird hierbei der Zweck verfolgt werden, Unternehmen durch die Aufnahme eines Gläubigers als Gesellschafter zu sanieren.

a) Der technische Ablauf der Unternehmensumwandlung

Der "technische Ablauf" dieses Vorgangs vollzieht sich hier regelmäßig anders als bei Sanierung einer schon bestehenden Kommanditgesellschaft³⁾. Handelt es sich bei dem zu sanierenden Unternehmen um das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder um eine GmbH, so muß die Kommanditgesellschaft neu gegründet werden. Dabei werden von der KG dem Sanierungszweck entsprechend alle Aktiva und Passiva der bisherigen Gesellschaft übernommen. Zu diesen Verbindlichkeiten gehört auch die Schuld der Gesellschaft gegenüber dem "beitretenden" Kommanditisten. Denn gerade die Übernahme dieser Schuld ist Voraussetzung und wesentliches Element des Sanierungskonzepts, damit der als Kommanditist eintretende Gläubiger mit seiner (Alt-) Forderung gegen die Einlageforderung der Gesellschaft aufrechnen kann. Nicht zulässig ist hierbei, daß die Kommanditgesellschaft etwa nur die Verbindlichkeiten gegenüber dem als Kommanditist beitretenden Gläubiger übernimmt. Eine derartige Vertragsgestaltung würde entweder schon als sitten-

1) Dieser Fall lag RGZ 63, 265 ff. zugrunde.

2) Um die Umwandlung einer GmbH in eine KG ging es in BGHZ 61, 59 ff., allerdings mit der Besonderheit, daß es sich um eine als Kommanditgesellschaft auftretende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (sog. Schein-KG) handelte.

3) Treffend Teichmann/Schick, JuS 1975, 18 (24).

widrig gemäß § 138 BGB anzusehen sein, oder aber der Gläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz (§ 3) oder der Konkursordnung (§§ 29 ff.) unterliegen, da hier eine gewollte Benachteiligung der übrigen Altgläubiger erfolgt.

Die Haftung der Kommanditgesellschaft für die Alt-schulden - und damit über §§ 171, 172 auch die Haftung des als Kommanditisten "beitretenden" Gläubigers - wird sich vielfach aber nicht erst aufgrund einer vertraglichen Schuld(mit)übernahme ergeben, sondern schon nach § 25 oder 28 unmittelbare gesetzliche Folge der Geschäftsübernahme sein ¹⁾. Nach § 25 haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts "für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers", wenn er das Geschäft unter der alten Firma fortführt ²⁾. Aber auch in den Fällen, in denen die

- 1) §§ 25, 28 sehen zwar einen Haftungsausschluß durch Registereintragung bzw. entsprechende Mitteilung vor, hiervon wird aber kein Gebrauch gemacht werden, da gerade bezweckt wird, daß der als Kommanditist eintretende Gläubiger mit seiner Altforderung gegen die Einlageforderung aufrechnet; hingegen kann die gesetzliche Haftungsfolge des § 419 BGB kraft vertraglicher Vermögensübernahme hier nicht eintreten, selbst wenn das Handelsgeschäft das ganze Vermögen des Inhabers darstellt. Denn die KG kann als Gesamthandsgemeinschaft nicht Trägerin eines eigenen Vermögens sein, vielmehr bleibt der bisherige Schuldner Vermögensinhaber, allerdings in gesamthänderischer Bindung mit den übrigen Gesellschaftern (std. Rspr. und hM, vgl. BGH BB 1954, 700; WM 1964, 114 (115); WM 1973, 896 (899); Weber in BGB-RGRK, § 419 Anm. 55.
- 2) Eine Fortführung der Firma kann auch bei Zufügung der Angabe einer neuen Rechtsform vorliegen, vgl. RGZ 131, 27 (29); Baumbach-Duden, § 26 E.

frühere Firma nicht fortgeführt wird, kann sich schon aus § 28 eine Haftung der neu gegründeten (Kommandit-) Gesellschaft für die (Alt-)Verbindlichkeiten ergeben. Denn danach haftet die Gesellschaft für die im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers, wenn jemand als Kommanditist oder persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eintritt ¹⁾. Richtiger Ansicht nach dürfte § 28 zumindest auch entsprechend anwendbar sein, wenn es sich "bei dem Geschäft des Einzelkaufmanns" um eine juristische Person, beispielsweise eine AG oder GmbH handelt ²⁾. Denn es ist kein Grund dafür ersichtlich, den eintretenden Kommanditisten nur deshalb haftungsmäßig zu privilegieren, weil es sich bei dem bisherigen Geschäft nicht um eine natürliche, sondern um eine juristische Person gehandelt hat.

Wiederum anders vollzieht sich die Sanierung, falls

- 1) Die "ratio legis" des § 28 bereitet der Rechtsdogmatik nicht unerhebliche Schwierigkeiten, läßt sich doch hier nicht wie bei § 25 das Setzen eines zurechenbar veranlaßten Rechtsscheins durch Firmenfortführung bejahen. Mit dem BGH (NJW 1966, 1917) dürfte § 28 als Fall "antizipierter Gesellschafterhaftung" anzusehen sein, der rechtsteologisch in engem Zusammenhang mit den Vorschriften der §§ 130, 173 steht; denn ob eine Gesellschaft bereits besteht, in die ein neuer Gesellschafter eintritt, oder ob sie erst dadurch entsteht, daß ein Teilhaber aufgenommen wird, kann für die Frage der Haftung des Eintretenden keinen Unterschied machen (BGH aaO, S. 1918); zu diesem Problemkreis vgl. auch Schricker, ZGR 1972, 120 (138 ff.); Säcker, ZGR 1973, 261 (280, 283).
- 2) Vgl. Würdinger in HGB-RGRK, § 28 Anm. 2; hiervon geht offensichtlich auch der BGH (WM 1973, 896, 899) aus; er wendet § 28 nur deshalb nicht auf die in der GmbH entstandenen Verbindlichkeiten an, weil es sich bei der neu gegründeten Gesellschaft um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelte. Denn hier verbietet sich die Anwendung des § 28 wegen der fehlenden Kaufmannseigenschaft des Gewerbetreibenden (vgl. BGH WM 1960, 167); gegen eine Anwendung des § 28 auf juristische Personen aber noch die ältere Lehre, vgl. Staub-Bondi, § 28 Anm. 1, 10; Hoenger in Dür.-Hachenburg, § 28 Anm. 3.

das bisherige Unternehmen in der Rechtsform einer OHG betrieben wurde. Hier führt der aufgrund entsprechender gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung erfolgende Beitritt des Kommanditisten zur Entstehung einer KG, ohne daß es einer Neugründung bedarf ¹⁾; die Identität der Gesellschaft bleibt trotz des Beitritts erhalten, es ändert sich nur ihre Rechtsform ²⁾. Dementsprechend bedarf es auch keiner Übertragung irgendwelcher Vermögensgegenstände, allein der Firmenzusatz ist von "OHG" in "KG" abzuändern ³⁾.

Die Rechtsform des zu sanierenden Unternehmens entscheidet also darüber, ob es lediglich eines Gesellschafterbeschlusses bedarf, oder die KG unter Übernahme der Aktiva und Passiva neu gegründet werden muß. Der Umfang des Gläubigerschutzes bei der Einlageleistung durch Aufrechnung kann aber nicht von der Rechtsform des ursprünglichen Unternehmens abhängen. Denn es gilt der Gedanke der wirtschaftlichen Gleichheit ⁴⁾. Die bereits skizzierte KG-spezifische Haftung ermöglicht es, diesem Gedanken Rechnung zu tragen.

-
- 1) Vgl. Teichmann/Schick, JuS 1975, 18 (24). Rechtlich möglich, allerdings wirtschaftlich unsinnig, wäre auch die Liquidation der OHG mit anschließender Neugründung einer KG, auf die dann die Gesellschafter das im Wege der Auseinandersetzung erhaltene Vermögen überführen würden; zur "Umwandlung" einer BGB-Gesellschaft in eine KG vgl. auch BGH WM 1962, 10 (12).
 - 2) Insofern läßt sich hier nicht nur von wirtschaftlicher Identität, sondern von rechtlicher Identität im weiteren Sinn sprechen; zum Identitätsbegriff vgl. K. Schmidt, DB 1971, 2345 ff.
 - 3) H. Westermann, Handbuch I, Rz. 109.
 - 4) So richtig Teichmann/Schick, aaO, 24.

b) Aufrechnung mit einer nach "Beitritt" entstandenen Forderung

Auch in den Fällen, in denen die Rechtsform des bisherigen Unternehmens durch den Beitritt des Gläubigers als Kommanditisten eine Änderung erfahren mußte, läßt sich wiederum eine Zäsur danach vornehmen, ob es sich um eine Altforderung handelt oder ob die Forderung erst nach seinem Beitritt entstanden ist.

Rechnet der Kommanditist mit einer erst nach seinem Beitritt entstandenen Forderung auf, so wird die Parallele zu dem schon behandelten Fall des Beitritts eines Kommanditisten in eine schon bestehende Kommanditgesellschaft deutlich ¹⁾. Denn hier wie dort handelt es sich um eine Aufrechnung des Kommanditisten in der Doppelfunktion als Gesellschafter und als Gesellschaftsgläubiger. Für die Frage des anzuwendenden Bewertungsprinzips kann es folglich keinen Unterschied machen, ob der zeitlich vor der Forderungsentstehung liegende "Beitritt" des Kommanditisten zu einer Neugründung einer KG oder zu einer Erweiterung einer schon bestehenden KG geführt hat. Es bleibt demzufolge bei der Zulässigkeit haftungsbefreiender Nennwertaufrechnung, allerdings auch hier wieder korrigiert durch den Surrogationsgedanken und das Prinzip der originären Forderungsentstehung als allgemeingültige Einschränkungen.

c) Aufrechnung mit einer vor "Beitritt" entstandenen Forderung

Als Beispiel hierfür läßt sich der der Entscheidung

1) Vgl. o. S. 92 ff.

des RG in RGZ 63, 265 ff. zugrunde liegenden Sachverhalt anführen.

S ist als stiller Gesellschafter mit einer Einlage in Höhe von 50 000,- DM am Handelsgewerbe des Kaufmanns B beteiligt. Die stille Gesellschaft wird in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt, mit B als persönlich haftendem Gesellschafter und S als Kommanditisten mit einer Einlage in Höhe von 50 000,- DM. Die neu gegründete KG übernimmt vertraglich alle Aktiva und Passiva der stillen Gesellschaft. S rechnet mit seiner Forderung aufgrund der stillen Beteiligung gegen die Einlageforderung der KG auf. Diese Forderung war schon im Zeitpunkt des Beitritts des S wegen der schlechten finanziellen Lage der Gesellschaft wertlos.

Die Antwort auf die Frage, ob S sich durch die Aufrechnung von seiner persönlichen Haftung befreit hat, läßt sich auch hier wiederum nur aus der Garantieerklärung des Kommanditisten gewinnen. Danach verspricht der Kommanditist, nach seinem Beitritt einen Vermögensbetrag in Höhe der Haftsumme zu leisten; anderenfalls hafte er in diesem Umfang persönlich. Dieses Versprechen hat der Kommanditist nicht schon durch die Leistung seiner Einlage als stiller Gesellschafter erfüllt, selbst wenn der Gesellschaft hierdurch wertmäßig ein Betrag in Höhe der Einlage zugeflossen ist. Der im Recht der Kommanditgesellschaft verankerte Mindestgläubigerschutz erfordert, daß sich der Kommanditist erst durch eine nach seinem Beitritt erfolgende Vermögenszuführung von seiner persönlichen Haftung befreien kann. Das Haftungspotential darf nicht schon durch die Altverbindlichkeiten des früheren Unternehmens aufgezehrt sein.

Hinter allem steht auch hier wieder der Schutz der Neugläubiger, deren Forderungen sich von Anfang an gegen die KG richteten. Denn sie dürfen aufgrund der Handelsregistereintragung davon ausgehen, daß das Haftungspotential bei Gründung der Gesellschaft einmal zur Verfügung gestanden hat. Wollte man hier anders entscheiden, so würden sie es wieder sein, auf deren Kosten und Risiko eine Unternehmenssanierung durch Gründung einer Sanierungs-KG erfolgt. Insofern ist hier die gleiche Interessenlage gegeben, die bei rechtlicher Identität des Unternehmens vor und nach Beitritt des Gläubigers als Kommanditist eine Abkehr vom Nennwertprinzip erforderte ¹⁾.

Offen bleiben kann in diesem Zusammenhang deshalb auch die Frage, ob man dem Auseinandersetzungsanspruch des stillen Gesellschafters nach § 340 eine gesellschaftsrechtliche Komponente oder eine "Kreditkomponente" beimißt ²⁾. Denn die Frage einer haftungsbefreienden Einlageleistung hängt nicht davon ab, ob man "die Verwandtschaft mit dem Fall der Umwandlung eines Darlehens in eine Beteiligung als Gesellschafter" erkennt ³⁾, oder etwa Kontinuitätserwägungen zwischen stiller Gesellschafterbeteiligung und Kommanditbeteiligung Raum gibt. Ebenso wie die Art der Forderung nicht Inhalt und Umfang des Gläubigerschutzes bestimmen kann, so ist auch die Frage der Kontinuität zwischen dem zu sanierenden Unternehmen und der neu gegründeten KG bedeutungslos. Denn für die Gläubiger ist es unmöglich, zumindest aber unzumutbar, sich über die Organisationsform des ursprünglichen Unternehmens

1) Vgl. o. S. 99.

2) Diese Unterscheidung wird von K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 69 besonders hervorgehoben.

3) So aber K. Schmidt, aaO, S. 68 f.

zu informieren. Dies wäre aber unerlässlich, wenn die Frage des anzuwendenden Bewertungsprinzips von Kontinuität oder Nichtkontinuität zwischen ursprünglicher und neu gegründeter Gesellschaft abhängen sollte. Entscheidend ist allein, daß der Kommanditist, unabhängig von der früheren Rechtsform des Unternehmens, erklärt, nach seinem Beitritt den ausgewiesenen Vermögensbetrag in die Gesellschaftskasse zu leisten, um sich von seiner persönlichen Haftung zu befreien. Erweist sich der Gedanke der Kontinuität für die Frage des anzuwendenden Bewertungsprinzips schon bei rechtlicher Identität der Gesellschaft vor und nach Beitritt des Kommanditisten als unbeachtlich, so vermag erst recht nicht bloße wirtschaftliche Identität zwischen alter und neuer Gesellschaft die Aufrechterhaltung des Nennwertprinzips zu rechtfertigen.

Zusammenfassend läßt sich damit festhalten, daß für die Anwendung des Nennwertprinzips auch dann kein Raum ist, wenn der Kommanditist mit einer von der neu gegründeten KG übernommenen Altforderung aufrechnet, mag es sich bei der früheren Gesellschaft um eine Einzelgesellschaft oder um eine juristische Person handeln ¹⁾.

3' Ausschluß des Nennwertprinzips auch gegenüber Altgläubigern?

Auch hier liegt der Gedanke nahe, die Altgläubiger nicht als schutzwürdig anzusehen und ihnen gegenüber die Nennwertaufrechnung beizubehalten. Denn sie

1) Im Ergebnis wie hier, falls das übernommene Unternehmen überschuldet war RGZ 63, 265 (268); vgl. auch BGHZ 61, 59 (71); K. Schmidt, aaO, S. 54 f., 69; Wiedemann, aaO, S. 1037 (1045); a.A. die hL, vgl. nur Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 14.

konnten bei Begründung ihrer Forderungen nicht mit einem entsprechenden Haftungspotential eines später als Kommanditisten in das Unternehmen eintretenden Gläubigers rechnen. Indessen spricht auch hier entscheidend für eine Gleichbehandlung von Alt- und Neugläubigern des Unternehmens die in § 28 und §§ 130, 173 zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers, die Gesellschaft und damit nach Maßgabe der §§ 171, 172 auch den Kommanditisten für Altverbindlichkeiten ebenso haften zu lassen, wie für die erst in der neu gegründeten Kommanditgesellschaft selbst entstandenen Verbindlichkeiten. Dabei macht es eben keinen Unterschied, ob der Kommanditist in eine schon bestehende Kommanditgesellschaft eintritt, oder ob diese erst aufgrund seines Beitritts neu entsteht ¹⁾. Der Gedanke der Solidarhaftung aller Gesellschafter rechtfertigt es deshalb auch hier, nicht nur die Frage des "ob", sondern auch die Frage des "wie" einer Haftung des Kommanditisten im Verhältnis zu den Altgläubigern und den Neugläubigern gleich zu beantworten. Die Altgläubiger sind so zu behandeln, wie wenn sie im Vertrauen auf die Garantieerklärung des Kommanditisten ihre Forderungen begründet hätten. Auch ihnen gegenüber wird also die persönliche Haftung des Kommanditisten durch Aufrechnung mit wertlosen Altforderungen zum Nennwert nicht ausgeschlossen.

1) Vgl. BGH NJW 1966, 1917 (1919); der BGH sieht dabei die allein von §§ 130, 173 abweichende Regelung in § 28 Abs. 2 in einer "irrigerweise gesehenen Parallele des Gesetzgebers mit § 25 Abs. 2" begründet; zur Deutung des § 28 als Fall "antizipierter Gesellschafterhaftung" vgl. auch Säcker, ZGR 1973, 261 (280).

e) Die "Umwandlung" von Gesamthandsgemeinschaften
in eine Kommanditgesellschaft

Das Problem der Forderungsbewertung kann sich auch stellen, wenn eine OHG durch den Beitritt eines Kommanditisten in eine KG "umgewandelt" oder wenn durch den Beitritt eines weiteren Gesellschafters ein von Minderkaufleuten in Form einer BGB-Gesellschaft betriebenes Handelsgewerbe zum Vollhandelsgewerbe wird. In diesen Fällen liegt es ebenfalls nahe, daß der als Kommanditist Eintretende mit Forderungen gegen die OHG oder die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegen die Einlageforderung aufrechnet. An anderer Stelle ¹⁾ wurde schon betont, daß es hierbei keiner Neugründung einer KG bedarf, für eine Übertragung der Aktiva und Passiva also kein Raum ist. Mit einiger Berechtigung kann deshalb hier von einer rechtlichen Identität in weiterem Sinn zwischen OHG oder BGB-Gesellschaft und KG gesprochen werden, da sich "alte" und "neue" Gesellschaft nur durch den veränderten oder hinzugefügten Zusatz "KG" unterscheiden. Die Gesellschaft bleibt stets dieselbe, sie ändert nur ihren rechtlichen Charakter ²⁾. Sie ist nach wie vor Trägerin des Gesellschaftsvermögens. Hinsichtlich der Schuldenhaftung besteht Kontinuität, indem die nur in der Rechtsform geänderte Gesellschaft weiter für "ihre" Altverbindlichkeiten haftet ³⁾.

1) Vgl. S. 112.

2) BGH WM 1962, 10 (12).

3) K. Schmidt, DB 1971, 2345 (2346); von der Frage der Haftung der Gesamthandsgemeinschaft ist stets die Frage der Haftung der Gesellschaft zu trennen. So wird bspw. nach std. Rspr. (vgl. neuestens BGH NJW 1979, 1821) bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft die persönliche Haftung des Gesellschafters für vertragliche Gesamthandsverpflichtungen nur durch Rechtsgeschäft begründet, ohne daß es auf eine begriffliche Unterscheidung zwischen Alt- und Neuschulden ankommt; a.A. Kornblum, Haftung der Gesellschafter, S. 30 ff.; Wiedemann, WM Sonderbeil. 4/1975 S. 42; Flume, Die Personengesellschaft, § 16 IV, S. 326, wonach die Gesellschafter grundsätzlich wie die Gesellschaft haften.

Diese weitgehende Identität führt aber nicht dazu, frühere Vermögenszuführungen in das Gesellschaftsvermögen der OHG oder der BGB-Gesellschaft des als Kommanditisten Eintretenden bei der Frage einer haftungsbefreienden Nennwertaufrechnung wertmäßig zu berücksichtigen. Die im Handelsregister beurkundete Garantieerklärung des Kommanditisten verlangt auch hier, daß der Kommanditist von seiner persönlichen Haftung nur befreit ist, wenn er Vermögenswerte in Höhe des Haftbetrages nach seinem Beitritt in das Unternehmen überführt. War die Forderung des Gläubigers im Aufrechnungszeitpunkt nichts mehr wert, so liegt keine haftungsbefreiende Einlageleistung vor. Da das Nennwertprinzip schon in den Fällen, in denen ein Gläubiger in ein bereits in der Rechtsform einer KG bestehendes Unternehmen eintrat, nicht mit der Garantieerklärung vereinbar war, kann nichts anderes gelten, wenn der Beitritt zu einer Änderung der Rechtsform des Unternehmens führt. Der technische Ablauf einer Sanierung ist hier zwar ein anderer, er führt aber aufgrund des den §§ 171 ff. zugrunde liegenden Haftungskonzepts zu keiner unterschiedlichen Behandlung im Vergleich zu allen anderen Umwandlungsfällen.

Von der Forderungsbewertung anlässlich von Sanierungsbeitritten einmal abgesehen, ist vorstehender Grundgedanke auch anzuwenden, wenn es allgemein um die Frage der Haftungsbefreiung durch Einlageleistung eines Gesellschafters vor "Umwandlung" der OHG oder BGB-Gesellschaft in eine KG geht. Nimmt beispielsweise eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts den Status einer Handelsgesellschaft an, weil das Unternehmen nunmehr ein vollkaufmännisches Grundhandelsgewerbe (vgl. § 4) betreibt, oder in das Handelsregister nach § 2 oder § 3 eingetragen wird,

und wird die Form der Kommanditgesellschaft gewählt, so entsteht das Problem, ob eine Einlageleistung dem Kommanditisten auch dann zugute kommen kann, wenn er sie vor der Entstehung der Handelsgesellschaft geleistet hat. K. Schmidt ¹⁾ will hier den Gedanken der "Haftungskontinuität" anwenden. Einer Einlage soll auch dann haftungsbefreiende Wirkung zukommen, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Leistung noch keine KG, sondern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts war ²⁾. Die Registereintragung weise zwar die Haftsumme aus, sie garantiere aber nicht, daß sie im Augenblick der Eintragung noch unversehrt sei ³⁾. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Gläubiger der Gesellschaft aus dem Handelsregister nicht ersehen können, ob eine Gesellschaft von einer BGB-Gesellschaft in eine KG umgewandelt oder ob sie neu gegründet wurde. Sowohl in dem einen wie in dem anderen Fall können sie davon ausgehen, daß sich der Kommanditist aufgrund seiner Garantieerklärung nur durch eine Leistung nach Entstehung der KG und nach Erlangung der Kommanditistenstellung von seiner persönlichen Haftung befreit hat ⁴⁾. In diesem Vertrauen sind die Gläubiger schutzwürdig, so daß für Kontinuitätsbetrachtungen kein Raum bleibt ⁵⁾. Ihnen ist, wie K. Schmidt mit Recht anführt ⁶⁾, zwar nicht garantiert, daß das Haftungspotential auch noch im Zeitpunkt der Eintragung

1) Einlage und Haftung, S. 70 f.

2) K. Schmidt, aaO, S. 71; die Frage der Haftungskontinuität zwischen OHG und KG wird allerdings offengelassen.

3) AaO.

4) Im Ergebnis so auch BGH WM 1956, 284 (285).

5) Die gleichen Grundsätze wird man übrigens auch bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften nach dem UmwG v. 12.11.56 (BGBl I S. 844) anzuwenden haben.

6) AaO, S. 71.

selbst vorhanden ist. Doch darauf kommt es nicht an. Denn eine derartige Garantie findet sich nicht einmal in dem auf viel stärkeren Gläubigerschutz bedachten Recht der Kapitalgesellschaften. In § 7 Abs. 2 GmbHG und § 36 Abs. 2 AktG wird für die Einlageleistung als Eintragungsvoraussetzung dieser Kapitalgesellschaften jeweils nur auf den Zeitpunkt der Anmeldung, nicht auch auf den der Eintragung abgestellt. Im Augenblick der Eintragung kann das Kapital also auch hier schon aufgezehrt sein.

V. Fazit und Wertung

Die Frage, ob der Kommanditist zum Nennwert oder zum Verkehrswert mit Forderungen gegen die Gesellschaft haftungsbefreiend aufrechnen kann, ist nach alledem nicht davon abhängig, in welche gesellschaftsrechtliche Organisationsform der Beitritt erfolgt. Es ist gleichgültig, ob der Kommanditist in eine schon bestehende KG eintritt oder dieser Eintritt eine Änderung der Rechtsform auslöst, sei es, daß eine Neugründung einer KG unter Übernahme aller Aktiva und Passiva erfolgt oder die bestehende Gesellschaft aufgrund rechtlicher Identität im weiteren Sinn mit dem Zusatz "KG" versehen wird; in allen Fällen ist das Nennwertprinzip nicht vereinbar mit der Garantieerklärung des Kommanditisten, wenn der Kommanditist mit Altforderungen aufrechnet. Sanierungsbeitritte dürfen nicht auf Kosten und Risiko der Neugläubiger erfolgen. Diese würden, wenn eine Nennwertaufrechnung zulässig wäre, über den Umfang des im Zeitpunkt des Beitritts zur Verfügung stehenden Haftungspotentials der Gesellschaft getäuscht.

Diese Schutzbedürftigkeit der Neugläubiger kommt auch den Altgläubigern zugute. Aufgrund der in §§ 28, 130, 173 angelegten "antizipierten Gesellschaftserhaftung" ¹⁾ müssen alle Gläubiger der Kommanditgesellschaft gleich behandelt werden. Insofern haben wir es hier mit einer gesetzlich statuierten Durchbrechung der sonst bei der Anwendung von Rechtsscheingrundsätzen erforderlichen Kausalitätsbeziehung zwischen Vertrauenstatbestand und Handlung zu tun.

Das Nennwertprinzip gilt aber dort, wo Forderungen aufgerechnet sind, die erst nach dem Beitritt des Kommanditisten in die Gesellschaft entstanden sind. Hier hat der Kommanditist in Übereinstimmung mit seiner im Handelsregister beurkundeten Garantieerklärung der Gesellschaft einen Vermögensbetrag zu einem Zeitpunkt zugeführt, als er schon Kommanditist der KG war. Unerheblich ist hierbei, ob die Vermögenszuführung ihre "causa" zunächst in einem sog. Drittgeschäft gefunden hatte. Denn der Kommanditist hätte in diesen Fällen auch auf die Haftung zahlen können, anstatt erst später mit seiner hieraus entstandenen Forderung gegen die Einlageforderung aufzurechnen. Ein Kapitalaufbringungsgrundsatz, der stets wertmäßige Deckung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung verlangen würde, besteht im Recht der Kommanditgesellschaft nicht.

Mißbräuchen wird durch das Surrogationsprinzip und das Prinzip der originären Forderungsentstehung vorgebeugt; sie sorgen dafür, daß sich der Nominalbetrag der Forderung stets nach der dahinter stehenden Leistung im weitesten Sinn orientiert und die Wert-

1) Vgl. Säcker, ZGR 1973, 261 (280).

zuführung nur unter Inanspruchnahme des Vermögens des Kommanditisten erfolgen kann ¹⁾.

Hingegen kommt es für die Zulassung der Nennwertaufrechnung nicht darauf an, ob es sich um eine Forderung aus einem Verkehrsgeschäft oder um eine Sozialforderung handelt ²⁾. Das Nennwertprinzip findet seine Berechtigung nicht in einer Gleichstellung des Kommanditisten mit einem Drittgläubiger der Gesellschaft ³⁾, sondern hängt allein von seiner Vereinbarkeit mit der Garantieerklärung des Kommanditisten ab. Da der Kommanditist mit seiner Sozialforderung als Konkursgläubiger am Gesellschaftskonkurs teilnimmt ⁴⁾, kann auch bei der Frage des Bewertungsprinzips nicht zwischen Sozialforderung und verkehrsgeschäftlicher Forderung unterschieden werden ⁵⁾.

Für die Rechtspraxis sind damit eindeutige Abgrenzungskriterien gegeben, wann eine Abkehr von der haftungsbefreienden Nennwertaufrechnung und eine Anwendung von Sacheinlagegrundsätzen zu erfolgen hat. Denn es ist nur noch danach zu differenzieren, ob der Kommanditist mit alten oder neuen Forderungen aufrechnet. Darüber hinaus wird hier auch dem Gedanken der wirtschaftlichen Gleichheit Rechnung getragen, unabhängig davon, mit welchen Umwandlungserscheinungen der gesellschaftlichen Organisationsformen wir es zu tun haben.

1) Vgl. o. S. 88 ff.

2) So im Ergebnis auch die hM, vgl. H. Westermann, Handbuch I, Rz. 923.

3) So aber der BGH in BGHZ 51, 391 (394).

4) Vgl. Jaeger-Weber, KO, § 209, 210 Anm. 26 (S. 772) m.w.N.; krit. aber Keuk, ZHR 135 (1971), 410 (441).

5) So mit Recht auch K. Schmidt, aaO, S. 58.

Es ist noch einmal daran zu erinnern, daß das gefundene Ergebnis seine Grundlage allein in dem vom Gesetzgeber vorgestellten Normtyp der Kommanditgesellschaft gefunden hat. Vor allem aber der Wandel hin zur atypischen Kommanditgesellschaft hat dazu beigetragen, Kapitalaufbringungsgrundsätze in das Recht der KG einfließen zu lassen ¹⁾. Es bleibt daher noch einer gesonderten Untersuchung vorbehalten, ob auch auf eine atypische Kommanditgesellschaft die gleichen Grundsätze noch Anwendung finden können, oder ob der Gläubigerschutz hier zusätzliche Anforderungen, etwa durch Einführung eines Kapitalaufbringungsgrundsatzes, an eine haftungsbefreiende Einlageleistung stellt.

§ 2 Forderungsbewertung bei der atypischen Kommanditgesellschaft

I. Begriff der atypischen Kommanditgesellschaft

Unter atypischer Kommanditgesellschaft sollen zunächst alle Kommanditgesellschaften verstanden werden, die von der Typenvorstellung des Gesetzgebers abweichen. Es sind namentlich die kapitalistischen oder kapitalistisch organisierten Kommanditgesellschaften ²⁾, in jüngster Zeit findet sich ferner auch der Begriff der Publikums- oder Massen-KG zur Kennzeichnung eines speziellen Typus ³⁾.

-
- 1) Vgl. etwa K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 29.
 - 2) Vgl. Boesebeck, Soz. Praxis 1938, 715; Weipert in HGB-RGRK, § 161 Anm. 32, Schlegelberger-Geßler, Vor § 161 Anm. 6; häufig wird auch von körperchaftlich strukturierter Kommanditgesellschaft gesprochen, vgl. Nitschke, S. 10 ff.
 - 3) Vgl. bspw. Kraft in Festschrift Fischer, S. 321 ff.; Stimpel, ebd., S. 771 ff.

Kapitalistische Kommanditgesellschaften sind einmal die Kommanditgesellschaften, die nach dem Vorbild der Kapitalgesellschaften körperschaftlich strukturiert sind ¹⁾. Eine solche KG verfügt wie eine Aktiengesellschaft über drei Organe, die Gesellschafterversammlung, den Beirat als Aufsichtsorgan und die Komplementäre, die ähnlich dem Vorstand auf bestimmte Zeit bestellt werden ²⁾. Terminologisch sollte hier zwecks besserer Abgrenzung von einer kapitalistisch organisierten Kommanditgesellschaft gesprochen werden. Unter den Begriff der kapitalistischen Kommanditgesellschaft fallen ferner die Kommanditgesellschaften, bei denen der persönlich haftende Gesellschafter kapitalmäßig nur in geringem Umfang beteiligt ist und der entscheidende Einfluß auf die Gesellschaft von Kommanditisten ausgeübt wird ³⁾. Als letzte Form ist schließlich die GmbH & Co. KG zu nennen, bei der eine Kapitalgesellschaft persönlich haftender Gesellschafter ist; sie vermengt personengesellschaftliche und kapitalgesellschaftliche Strukturelemente. Gerade hier ist häufig auch eine kapitalgesellschaftliche Organisationsform zu beobachten.

Während es bei der kapitalgesellschaftlichen Organisationsform vorwiegend um die Gläubiger geht, sollen bei der Publikums-KG in erster Linie die Anleger geschützt werden ⁴⁾. Hier haben wir es mit einer Erscheinungsform zu tun, die entgegen dem Leitbild des Gesetzgebers auf eine unüberschaubare Anzahl

1) Nitschke, S. 10 f.

2) Vgl. Schilling, aaO, Vor § 161 Anm. 6.

3) Mossmann, S. 3; Schlegelberger-Geßler, aaO, § 161 Anm. 3.

4) Kraft, aaO, S. 335.

von Kommanditisten gerichtet ist, die keinen Einfluß auf den zwischen den Gründern vereinbarten Gesellschaftsvertrag nehmen können und deren Kontrollrechte weitgehend abbedungen und auf andere Organe übertragen sind ¹⁾. Es erübrigt sich jedoch, auf diesen besonderen Typus der KG in diesem Zusammenhang näher einzugehen, da sich die Frage des anzuwendenden Bewertungsprinzips nicht als Problem des Anlegerschutzes, sondern als Problem des Gläubigerschutzes stellt. Im folgenden soll deshalb allein die kapitalistische Gesellschaft behandelt werden.

II. Ausschluß des Nennwertprinzips als Folge eines Kapitalaufbringungsgrundsatzes in der kapitalistischen KG?

Auch in der kapitalistischen KG hängen Ablehnung oder Zustimmung einer haftungsbefreienden Nennwertaufrechnung davon ab, inwieweit die Gläubiger geschützt werden sollen. Die Einführung eines Kapitalaufbringungsgrundsatzes hätte zur Folge, daß wie bei den Kapitalgesellschaften nur mit im Aufrechnungszeitpunkt vollwertigen Forderungen eine Einlageleistung erbracht werden könnte ²⁾. Im Ergebnis würde dies den Abschied vom Nennwertprinzip bedeuten, unabhängig davon, ob der Kommanditist mit Altforderungen oder mit erst nach seinem Beitritt entstandenen Forderungen aufrechnet ³⁾.

1) Kraft, aaO, S. 323.

2) Vgl. Ulmer in Hachenburg, GmbHG, § 19 Anm. 38; Barz in Großkomm. AktG, § 66 Anm. 11; s. auch S. 66 u. 68.

3) Diese Differenzierung ergab sich bei der typischen KG, vgl. S. 121 ff.

Der Grund, die kapitalistische KG einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen, ist darin zu suchen, daß mit der Annäherung an die Kapitalgesellschaft einige Grundpfeiler des im Recht der KG verankerten Gläubigerschutzes beseitigt sein könnten. So kann hier nicht so ohne weiteres noch davon gesprochen werden, der Schwerpunkt des Gläubigerschutzes liege in der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters, wenn kapitalmäßige Beteiligung und Privatvermögen nur in geringem Umfang vorhanden sind oder bei der GmbH & Co. KG durch eine nur beschränkt haftende juristische Person ersetzt werden. Die Kopplung von persönlicher Haftung und Unternehmensleitung, der eine Art natürlicher Bremsfunktion im Hinblick auf die Geschäftsführung zukommt, ist hier durchbrochen. Nicht ohne Grund taucht deshalb der Gedanke auf, daß in derartigen Kommanditgesellschaften der Schwerpunkt des Gläubigerschutzes auf die Kommanditisten verlagert ist, und daß durch die Annäherung der Gesellschaftsstruktur an die Kapitalgesellschaft auch strenge Kapitalgarantiegrundsätze im Hinblick auf die Kommanditeinlagen zu gelten haben.

Aber auch die kapitalistische KG ist noch Personengesellschaft ¹⁾. Eine strukturmäßige Annäherung an die Kapitalgesellschaft führt noch nicht zwangsläufig dazu, strenge Kapitalgrundsätze auf die atypische KG anwenden zu müssen. Die Gläubiger einer kapitalistischen Kommanditgesellschaft brauchen nicht etwa besser gestellt zu werden, als die Gläubiger einer dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden KG. Ihnen muß lediglich ein Ausgleich dafür gewährt

1) Vgl. betr. die GmbH & Co. KG Winkler, NJW 1969, 1009; Kuhn, Ehrengabe für Heusinger, S. 203 (204).

werden, daß sie durch eine atypische Gesellschaftsstruktur ein für sie nicht kalkulierbares Gläubigerisiko zu tragen haben.

1. Einmann-kapitalistische KG

In den Fällen, in denen ein persönlich haftender Gesellschafter kapitalmäßig gering oder gar nicht beteiligt ist und in denen der entscheidende Einfluß auf die Geschäftsführung durch die Kommanditisten ausgeübt wird ¹⁾, könnte sich die Berufung des Kommanditisten auf seine beschränkte Haftung als rechtsmißbräuchlich darstellen ²⁾. Zutreffend hat der BGH jedoch in der bekannten "Rektor-Entscheidung" ³⁾ ausgeführt, jemand handele nicht schon dann rechtsmißbräuchlich, wenn er von den im Gesetz eingeräumten dispositiven Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch mache. Es müßten vielmehr besondere Umstände vorliegen, wie eine Täuschung des Rechtsverkehrs oder anderer Personen, um dem Kommanditisten das Privileg der beschränkten Haftung zu nehmen ⁴⁾.

Erst recht dürfte jedoch in diesen Fällen kein Raum für die Einführung eines Kapitalgarantiegrundsatzes sein, da dies im Ergebnis auf eine nicht gerechtfertigte Besserstellung der Gesellschaftsgläubiger hinauslaufen würde. Denn auch bei der typischen Kommanditgesellschaft muß immer damit gerechnet werden, daß das Haftungspotential des persönlich haftenden Gesellschafters gleich Null

-
- 1) So die Definition der "Einmann-kapitalistischen KG", vgl. Mossmann, S. 3.
 - 2) Dafür Weipert in HGB-RGRK, § 164 Anm. 16; Schlegelberger-Geßler, § 164 Anm. 14; Haupt/Reinhardt, S. 79.
 - 3) BGHZ 45, 204 ff.
 - 4) BGH, aaO, S. 207; vgl. auch Kuhn, Ehrengabe für Heusinger, S. 203 ff.

sein kann. Wenn trotzdem das Schwergewicht des Gläubigerschutzes in der persönlichen Haftung des Komplementärs gesehen wird, besagt dies nur, daß die Gläubiger ihre Dispositionen in erster Linie in Abhängigkeit von der Bonität des persönlich haftenden Gesellschafters zu treffen haben - wie dies beim Einzelkaufmann selbstverständlich ist -, nicht aber, daß auch stets ein angemessenes Haftungs-potential zur Verfügung stehen muß. Unter Gläubigerschutzgesichtspunkten kann deshalb eine bei der kapitalistischen KG anzutreffende geringe kapitalmäßige Beteiligung des Komplementärs nicht schon die Einführung eines Kapitalaufbringungsgrundsatzes rechtfertigen. Von einem für die Gläubiger nicht kalkulierbaren, dem Recht der KG fremden Risiko läßt sich einfach nicht sprechen ¹⁾. Hier wie da müssen die Gläubiger mit einem vermögenslosen Komplementär rechnen. Geringe kapitalmäßige Beteiligung des Komplementärs sollte für die Gläubiger stets ein Warnsignal sein, Vorleistungen ohne Sicherung an die Kommanditgesellschaft zu erbringen.

2. GmbH & Co. KG

Der Rechtsform der GmbH & Co. KG ²⁾ wird heute besondere Skepsis entgegengebracht. Der Grund liegt einmal in der Insolvenzanfälligkeit dieser Gesellschaftsform. Statistiken weisen aus, daß die Zahl der Insolvenzen bei der GmbH & Co. KG im Vergleich zur KG überwiegt ³⁾. Zurückgeführt wird dies einmal auf eine von vornherein unzulängliche Kapitalausstattung und das Fehlen eines angemessenen Risiko-

1) Zum Bonitätsrisiko bei der KG, Elsing, GmbH-Rdsch. 1978, 103 (104).

2) Im folgenden soll von dem typischen Fall ausgegangen werden, daß die GmbH einziger Komplementär ist.

3) Vgl. Uhlenbruck, GmbH & Co. KG S. 1; s. auch Stat. Jhrb. 1979, S. 129.

kapitals ¹⁾. Ferner gilt die GmbH & Co. KG als ausgesprochen "kriminalitätsfreundlich" und als "potentiell geeignetste Form für Schwindelmanöver" ²⁾. Die Einführung von Kapitalgarantiegrundsätzen wird daher als geeignetes Mittel zur Verbesserung des Gläubigerschutzes angesehen. Im Ergebnis kann es hier aber auch nur darum gehen, für die Gläubiger einen Ausgleich eines durch Wahl dieser Gesellschaftsstruktur atypischen, nicht kalkulierbaren Risikos zu schaffen.

Die Funktion des unbeschränkt haftenden Gesellschafters wird hier durch eine mit einem gesetzlichen Mindestkapital ausgestattete juristische Person übernommen. Das den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungspotential besteht in den Kommanditeinlagen und dem Stammkapital der GmbH, das oft nur den gesetzlichen Mindestbetrag von 20 000,- DM (§ 5 Abs. 1 GmbHG) ³⁾ ausmacht. Häufig ist die GmbH wiederum mit einer Einlage an der Kommanditgesellschaft beteiligt ⁴⁾. Eine zahlungsfähige GmbH bietet aber unter Umständen eine größere Sicherheit als ein Einzelkaufmann mit geringen oder gefährdeten Mitteln ⁵⁾. Denn das Vermögen der juristischen Person kann aufgrund der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitalaufbringung niemals so klein sein, wie das einer natürlichen Person ⁶⁾. Kritiker werden

1) Uhlenbruck, aaO, S. 2.

2) Uhlenbruck, aaO, m.w.N.

3) § 5 Abs. 1 GmbHG n.F. erfordert ab 1.1.1981 ein Stammkapital von mindestens 50 000,- DM.

4) Vgl. Hopt/Hehl, JA 1979, 119 (120), die daraus folgern wollen, daß die GmbH & Co. KG im Hinblick auf das Haftungsinteresse der Gläubiger einer Kapitalgesellschaft gleichsteht.

5) RGZ 105, 101 (105); BGH WM 1956, 61 (63); Winkler, NJW 1969, 1009 (1013).

6) Köhler, Steuerberater-Jhrb. 1954/55, 233 (238).

allerdings entgegenhalten, eine zahlungsfähige GmbH könne mit einem vermögenslosen Komplementär nicht verglichen werden.

Geht es um die Frage der Geltung von Kapitalgarantiegrundsätzen in der GmbH & Co. KG, so ist zunächst zwischen der GmbH und der KG zu unterscheiden. Die Kombination zweier unterschiedlicher Organisationsformen kann nicht zu einer Vermengung von Gläubigerschutzprinzipien dergestalt führen, daß zugunsten der Gläubiger wahlweise das jeweils "bessere" Recht anzuwenden ist. Für die GmbH gelten die Regeln über die Kapitalaufbringung, d.h. bei der Aufrechnung mit Forderungen zwecks Einlageleistung ist auf deren Vollwertigkeit im Aufrechnungszeitpunkt abzustellen. Nur ihre strenge Einhaltung kann überhaupt als Ausgleich für das Fehlen einer unbeschränkt haftenden natürlichen Person unter Zunahme des Einflusses der Kommanditisten auf Geschäftsführung und Vertretung angesehen werden ¹⁾.

Darüber hinaus stellt sich aber das Problem, ob der Typenwandel der Kommanditgesellschaft eine Anwendung von Kapitalgarantiegrundsätzen auch auf die GmbH & Co. KG selbst rechtfertigt, mit der Folge, auf die Kommanditeinlagen ebenfalls strenge Kapitalaufbringungsgrundsätze anzuwenden. Dafür könnte sprechen, daß zunehmend Regelungen der GmbH auf die GmbH & Co. KG übernommen werden, so zum Beispiel die Vorschriften über die Konkursantragspflichten (§§ 130 a, 130 b, 177 a) und die Firma ²⁾. Es besteht weiterhin die Tendenz, Unterkapitalisierungsprobleme in der GmbH & Co. KG nach den Grundsätzen des GmbH-Rechts zu

1) Hunscha, GmbH-Rdsch. 1973, 257 (261).

2) Vgl. BGHZ 62, 216 (226 f.); BGH WM 1977, 971, wo § 4 Abs. 2 GmbHG auf die GmbH & Co. KG angewandt wurde; vgl. auch § 19 Abs. 5 HGB n.F.

lösen, wenn von vornherein ein Mißverhältnis zwischen Kapitalbedarf und Eigenkapital besteht ¹⁾, oder wenn der unterkapitalisierten Gesellschaft notwendiges Kapital in Form von Gesellschafterdarlehen zugeführt wird ²⁾. Es wäre jedoch falsch, hieraus schon allgemeine Rückschlüsse ziehen zu wollen. Denn die Frage der Aufbringung und Erhaltung eines nominell ausgewiesenen Kapitals ist streng von der Frage der Unterkapitalisierung zu trennen ³⁾.

Allerdings wird in der Rechtsprechung ⁴⁾ und im Schrifttum ⁵⁾ auch eine entsprechende Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf Einlagerückzahlungen der GmbH & Co. KG an ihre Kommanditisten bejaht. Hieraus läßt sich aber nicht eine allgemeine Übertragung von Kapitalgarantiegrundsätzen auf die GmbH & Co. KG herleiten. Der Grund für eine entsprechende Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG besteht nämlich nicht darin, die GmbH & Co. KG hinsichtlich der Geltung von Kapitalgarantiegrundsätzen wie eine Kapitalgesellschaft behandeln zu wollen. Vielmehr geht es darum, durch Anwendung dieser Vorschriften eine mittelbare Schmälerung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH zu verhindern ⁶⁾. Als typische

-
- 1) Dabei besteht die Schwierigkeit, daß eine GmbH & Co. KG eigentlich nicht "unterkapitalisiert" sein kann, weil sie nach "ihrem gesetzlichen Typus nicht kapitalisiert ist", vgl. H.P. Westermann, Gläubigerschutz, S. 37.
 - 2) K. Schmidt, DB 1973, 2227 (2229); Hopt/Hehl, JA 1979, 119 (120); s. auch § 172 a HGB n.F..
 - 3) K. Schmidt, aaO.
 - 4) BGHZ 60, 324 (328); bestätigt in BGH BB 1976, 1528, wo es allerdings um die Rückgewähr kapitalerhaltender Gesellschafterdarlehen ging; vgl. auch BGH DB 1977, 2370; BGH NJW 1980, 233.
 - 5) Kuhn, Ehrengabe für Heusinger, S. 213 ff.; Winkler, NJW 1969, 1009 (1010 ff.); Hunscha, GmbH-Rdsch. 1973, 257 (258); K. Schmidt, aaO.
 - 6) K. Schmidt, DB 1973, 2227 (2228).

Beispiele hierfür nennt der BGH ¹⁾ die Fälle, in denen "die im übrigen vermögenslose GmbH ihr Kapital als Einlage in die Kommanditgesellschaft eingebracht hat und der Wert ihrer Beteiligung an der Kommanditgesellschaft infolge einer Zuwendung an den Gesellschafter unter den Stammkapitalnennwert herabsinkt", oder wenn sie "zum Ausgleich der Passivposten, die sich aus ihrer Haftung für die Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft ergeben, infolge der Aushöhlung des Vermögens der Kommanditgesellschaft keinen gegenüber dieser mehr realisierbaren Freistellungsanspruch aktivieren kann und das Vermögen der GmbH aus diesem Grunde unter die Ziffer des Stammkapitals herabgedrückt wird".

Eine derartige Beeinflussung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH läßt sich aber nur bei der Frage der Kapitalerhaltung, nicht aber auch bei der hier interessierenden Frage der Kapitalaufbringung feststellen. Die Kapitalaufbringung in der Komplementär-GmbH kann durch Einlageleistungen des Kommanditisten auch nicht mittelbar beeinträchtigt werden, so daß es aus diesen Erwägungen heraus keiner Übertragung eines Kapitalaufbringungsgrundsatzes auf die GmbH & Co. KG bedarf.

Darüber hinaus wird man aber auch die Frage, ob mit der GmbH & Co. KG ein atypisches für die Gläubiger nicht kalkulierbares Risiko geschaffen wird, das die Einführung eines Kapitalaufbringungsgrundsatzes erfordert, verneinen müssen. Einmal wird den Gläubigern der Gesellschaft im Handelsregister offengelegt, welchen Garantiekapitalersatz sie für den

1) BGHZ 60, 324 (328 f.).

Wegfall der unbeschränkten Haftung einer natürlichen Person erhalten. Damit besteht für sie die Möglichkeit, ein eventuell höheres Gläubigerrisiko selbst einschätzen zu können. Da zudem an eine natürliche Person im Gegensatz zu der Komplementär-GmbH keine Vermögensanforderungen gestellt werden, stehen die Gläubiger der GmbH & Co. KG nicht stets schlechter als die Gläubiger der reinen KG. Zum anderen ist zu überlegen, ob nicht die Insolvenzanfälligkeit gerade der GmbH & Co. KG ihre Ursache entscheidend in der unzulänglichen Kapitalausstattung der Komplementär-GmbH hat, so daß hier durch eine Verbesserung der Gründungsvorschriften und eine Erhöhung des Mindestkapitals fraudulöse Gründungen zumindest erschwert werden könnten ¹⁾. Es wäre dann der falsche Weg, den Gläubigerschutz durch Einführung von Kapitalgarantiegrundsätzen auch im Bereich der Kommanditeinlagen verbessern zu wollen. Es gilt zudem hier nicht dem Gesetzgeber in der grundsätzlichen Frage des Typus der GmbH & Co. KG vorgreifen zu wollen, der diese Erscheinungsform auch weiter als Personengesellschaft behandelt wissen will. Denn die Sonderregelung über die Konkursantragspflichten (§§ 130 a, 130 b, 177 a) in Anlehnung an das GmbH-Recht erfolgte im HGB unter Beachtung der GmbH & Co. KG als Sonderfall einer KG, nicht aber im GmbHG, wie das bei Einstufung der GmbH & Co. KG als Kapitalgesellschaft zu erwarten gewesen wäre ²⁾. Die GmbH & Co. KG bleibt deshalb Personengesellschaft, auf die Kapitalgarantiegrundsätze nicht übertragen werden

-
- 1) Vgl. § 5 Abs. 1 u. Abs. 4, § 8 Abs. 1 Nr. 4 u. 5, § 9 a, § 9 c GmbHG n.F.
 - 2) Gleiches gilt für die im Zusammenhang mit der GmbH-Novelle erfolgten Änderungen handelsrechtlicher Vorschriften betr. die Einlageleistung in Anteilen der GmbH (§ 172 Abs. 6 n.F.), die Behandlung von Gesellschafterdarlehen bei Unterkapitalisierung (§ 172 a n.F.) und besondere Angaben im Geschäftsverkehr (§ 177 a n.F.).

können ¹⁾. Wer dennoch derartige Grundsätze auf die GmbH & Co. KG übertragen will, muß sich darüber klar sein, daß dies contra legem den Abschied vom Status als Personengesellschaft bedeutet.

3. Wertung

Läßt sich damit auch bei der kapitalistischen Kommanditgesellschaft ein Kapitalaufbringungsgrundsatz nicht rechtfertigen, so folgt für die hier interessierende Frage einer haftungsbefreienden Nennwertaufrechnung, daß es auch einer Differenzierung zwischen typischer und atypischer Kommanditgesellschaft nicht bedarf. Es ist damit ebenfalls vom Nennwertprinzip bei der Forderungsaufrechnung auszugehen. Dieses Prinzip wird allerdings auch hier immer dann verdrängt, wenn der Kommanditist mit sog. Altforderungen aufrechnet ²⁾.

§ 3 Exkurs: Die "Vollwertigkeit" einer Forderung

Da in Fällen der Aufrechnung des Kommanditisten mit sog. Altforderungen das Nennwertprinzip dem Verkehrswertprinzip weichen muß, interessiert die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer nicht mehr vollwertigen Forderung gesprochen werden kann. Denn die Anwendung des Verkehrswertprinzips führt noch

1) Vgl. Winkler, NJW 1969, 1009 (1014); davon geht auch der BGH fast selbstverständlich aus, vgl. BGHZ 60, 324 (327 f.); BGHZ 63, 339 f.; BGH NJW 1980, 233; so offensichtlich auch noch K. Schmidt, DB 1973, 2227 (2229), wonach eine GmbH & Co. KG nicht behandelt werden dürfe, als sei eine GmbH Unternehmensträgerin.

2) Vgl. o. S. 107 ff.

nicht zwangsläufig dazu, daß die Forderung mit einem geringeren Wert als ihrem Nominalbetrag anzusetzen ist. Dies hängt vielmehr von ihrer wirtschaftlichen Bewertung ab. Obwohl der Kommanditist seine Forderung nicht in die Gesellschaft einbringt, sondern die Gesellschaft durch die Aufrechnung von einer Verbindlichkeit befreit, ist hierbei auf den Wert der Forderung aus der Sicht des Kommanditisten abzustellen ¹⁾.

I. Der maßgebliche Bewertungszeitpunkt

Für die Bewertung einer Einlage ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Leistung dem Gesellschaftsvermögen zufließt ²⁾. Bei einer Einlageleistung durch Aufrechnung ist dies der Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ³⁾, da die Gesellschaft in diesem Zeitpunkt von einer Verbindlichkeit befreit wird und damit eine Vermögenszuführung erfolgt. Allerdings kann das Problem auftauchen, daß sich der Wert der Forderung nach dem Aufrechnungszeitpunkt infolge der Sanierung des Unternehmens erhöht oder sich herausstellt, daß entgegen den ursprünglichen Erwartungen alle Konkursgläubiger zu 100 % befriedigt werden können. Dann stellt sich die Frage, ob diese Entwicklungen noch Auswirkungen auf die Hafteinlageleistung haben. Die Antwort wird man auch hier wieder aus einem Vergleich mit einer Einlageleistung durch Forderungsabtretung gewinnen können. Hat beispielsweise ein Kommanditist eine Forderung

1) Vgl. o. S. 82.

2) Vgl. Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Anm. 14.

3) Vgl. Lutter in Kölner Komm. z. AktG, § 66 Anm. 14 für die AG; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 19 Anm. 4 A für die GmbH; für die KG aber auch Wiedemann in Festschrift Bärmann, S. 1037 (1043); K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 48; vgl. auch schon o. S. 84.

gegen einen Dritten im Wege der Abtretung eingebracht, so ist der Wert der Forderung in Abschätzung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Zeitpunkt der Abtretung zu bestimmen. Erlangt die Gesellschaft wider Erwarten volle Befriedigung, dann ist der gezahlte Betrag auch in voller Höhe auf die Hafteinlage anzurechnen ¹⁾. Nicht anders ist es aber zu beurteilen, wenn der Kommanditist eine gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung "einbringt", indem er sie entweder an die Gesellschaft abtritt oder gegen die Einlageforderung aufrechnet. Auch hier ist der Gesellschaft ein echter Vermögenswert entsprechend der Garantieerklärung des Kommanditisten geleistet worden, wenn sich die eingebrachte Forderung nach der Aufrechnung als wirtschaftlich vollwertig erweist, so daß es gerechtfertigt erscheint, sie voll auf die Hafteinlage anzurechnen. Denn hätte der Kommanditist nicht aufgerechnet, dann könnte er jetzt auch volle Zahlung von der Gesellschaft erhalten. Es besteht aber kein Grund, den Kommanditisten nur aufgrund seiner Aufrechnungserklärung schlechter zu stellen.

II. Die Bestimmung der Vollwertigkeit

Der Begriff der Vollwertigkeit einer Forderung ist bislang nur im Recht der Kapitalgesellschaften ²⁾ definiert worden, wenn es um die Zulässigkeit einer vertraglichen oder einseitig von der Gesellschaft vorgenommenen Aufrechnung ging ³⁾. Was unter

1) Vgl. Schilling, aaO, § 171 Anm. 14; Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 14.

2) Vgl. für die AG, Barz in Großkomm. AktG, § 66 Anm. 12; für die GmbH, Ulmer in Hachenburg, GmbHG, § 19 Anm. 40.

3) Nur in diesen Fällen ist die Aufrechnung mit § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG bzw. § 66 Abs. 1 AktG vereinbar, vgl. S. 66 u. 68.

"vollwertig" zu verstehen ist, wird dabei unterschiedlich beantwortet ¹⁾. Zum Teil sollen betriebswirtschaftliche Bewertungsgrundsätze beachtet werden; es wird verlangt, daß ein vorsichtiger Kaufmann die Forderung mit 100 % des Nennwerts ansetzen könne ²⁾. Nur dann sei die Aufrechnung ein überflüssiges Hin- und Herzahlen ³⁾. Die überwiegende Auffassung will eine Vollwertigkeit der Forderung jedenfalls dann bejahen, wenn das liquide Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung aller fälligen Gesellschaftsschulden sicher ausreicht ⁴⁾, oder, negativ formuliert, die Vollwertigkeit verneinen, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Aufrechnung überschuldet oder zahlungsunfähig ist ⁵⁾.

Für die KG stellt sich das Problem der Vollwertigkeit einer Forderung allerdings nicht im Zusammenhang mit der Zulassung oder dem Ausschluß der Aufrechnung als Mittel der Einlageleistung. Hier geht es aber um die nicht weniger bedeutsame Frage, unter welchen Voraussetzungen in den Fällen der Aufrechnung mit Altforderungen ein Delkredereabschlag vorzunehmen ist. Denn die hier erforderliche

-
- 1) Vgl. zum Meinungsstand Reuter, BB 1978, 1195; Möhring, Festschrift Schmidt, S. 91; Priester, DB 1976, 1801 (1803).
 - 2) So für die Aufrechnung mit Forderungen gegen eine AG Lutter in Kölner Komm. AktG, § 66 Anm. 14.
 - 3) Lutter, aaO.
 - 4) RG JW 1938, 1401; Ulmer, aaO, § 19 Anm. 40; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 19, 4 A; Dürkes, DB 1952, 769 (770); Priester, aaO, S. 1804.
 - 5) So für die GmbH: RGZ 54, 391 (392); 72, 266 (268); Ulmer, aaO; für die AG: RGZ 94, 61 (62); 134, 262 (268); OLG Nürnberg, GmbH-Rdsch. 1970, 276 (277); Barz, aaO, § 66 Anm. 12.

Anwendung des Verkehrswertprinzips schließt noch nicht aus, daß die wirtschaftliche Bewertung zu einer vollen Anrechnung auf die Hafteinlage führt.

Im Interesse des Rechtsverkehrs ist es auch hier erforderlich, eindeutige Abgrenzungsmerkmale zu bestimmen, da es um Ausschluß oder Fortbestehen der beschränkt persönlichen Haftung des Kommanditisten gehen kann. Zweckmäßig erscheint es in diesem Zusammenhang, die Vorschriften der Konkursordnung als Entscheidungshilfe heranzuziehen. Sicher wird hierbei die Vollwertigkeit einer Forderung nicht erst mit der Zahlungseinstellung im Sinn der Konkursvorschriften oder erst mit Beantragung oder Eröffnung des Konkursverfahrens zu verneinen sein ¹⁾. Die Zahlungseinstellung ist nur Beweiszeichen dafür, daß der Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit (vgl. § 102 Abs. 2 KO) gegeben ist. Tatsächliche Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft kann schon viel früher eingetreten sein.

Hilfreich ist es aber, die Vollwertigkeit einer Forderung daran zu orientieren, ob materiell ein Konkursgrund gegeben ist. Zum einen kann dann auf die Wertungen des Gesetzgebers zurückgegriffen werden, unter welchen Voraussetzungen eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger als nicht mehr gewährleistet anzusehen ist. Dabei erweist es sich als vorteilhaft, die in ständiger Praxis verwendeten Begriffe der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung anwenden zu können. Zum anderen kann hierdurch auch dem unterschiedlichen Gefährdungsgrad der Gläubiger in Abhängigkeit von dem jeweiligen

1) Vgl. OLG Nürnberg, GmbH-Rdsch. 1970, 276 (277).

Gesellschaftstypus Rechnung getragen werden. Von einer vollwertigen Forderung kann nämlich dann nicht mehr gesprochen werden, wenn aufgrund des Vorliegens des materiellen Konkursgrundes jederzeit Konkursantrag gestellt werden kann und in bestimmten Fällen gestellt werden muß (vgl. § 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, §§ 130 a, 177 a). Im Zusammenhang mit einer haftungsbefreienden Einlageleistung im Wege der Aufrechnung interessiert daher, welche Konkursgründe das Gesetz bei der KG und bei der GmbH & Co. KG vorschreibt.

1. Die Vollwertigkeit einer gegen eine KG gerichteten Forderung

Nach §§ 102 Abs. 1, 209 Abs. 1 KO bildet die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners materielle Voraussetzung für die Eröffnung des Konkursverfahrens, wenn der Schuldner eine Personengesellschaft ist, und wenigstens eine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter besitzt. Letzteres folgt im Umkehrschluß aus § 209 Abs. 1 Satz 3 KO. Dementsprechend ist die Vollwertigkeit einer Forderung des Kommanditisten gegen eine KG dann zu verneinen, wenn die Kommanditgesellschaft zahlungsunfähig ist, d.h. auf absehbaren Zeitraum nicht in der Lage ist, die fälligen Geldschulden zu erfüllen ¹⁾. In der Regel wird dies gegeben sein, wenn nicht nur vorübergehend die liquiden oder kurzfristig liquidierbaren Mittel des Anlage- und Umlaufvermögens nicht ausreichen, um die Gläubiger zu befriedigen ²⁾. Davon ist späte-

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 102 Rdn. 2.

2) Vgl. Uhlenbruck, GmbH & Co. KG, S. 54.

stens dann auszugehen, wenn die Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt hat. Hingegen kommt es nicht darauf an, ob die Gesellschaft überschuldet ist. Dahinter steckt der Gedanke geringerer Schutzbedürftigkeit der Gläubiger, da in personalbezogenen Unternehmen die natürlichen Personen mit ihrem gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen zusätzlich haften ¹⁾.

In Grenzfällen könnte darüber hinaus das Problem auftauchen, ob von einer Zahlungsunfähigkeit der Kommanditgesellschaft nur dann gesprochen werden kann, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, alle Verbindlichkeiten, einschließlich der des Kommanditisten, zu erfüllen, oder ob die Forderung des Kommanditisten hierbei außer Ansatz bleiben kann. Soll die Aufrechnung dazu dienen, ein überflüssiges Hin- und Herzahlen zu vermeiden, so setzt dies voraus, daß die Forderung des Kommanditisten "so gut wie Bargeld ist" ²⁾. Würde die Gesellschaft jedoch die Forderung des Kommanditisten in bar begleichen, so könnte dies nur unter Vernachlässigung ihrer sonstigen laufenden Zahlungsverpflichtungen gegenüber den anderen Gesellschaftsgläubigern geschehen. Eine Forderung wird aber dann nicht mehr als vollwertig angesehen werden können, wenn sie nur unter Verkürzung der fälligen Forderungen anderer Gläubiger beglichen werden kann ³⁾. Von einer liquiditätsmäßigen Neutralisierung von Einlage- und Gesellschafterforderung muß deshalb abgeraten werden ⁴⁾.

1) Vgl. Obermüller, DB 1973, 267.

2) Priester, DB 1976, 1801 (1804).

3) So treffend Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 19 Anm. 15; Priester, aaO.

4) So wie hier RG JW 1938, 1400; Brodmann, GmbHG, § 19 Anm. 3 a; Priester, aaO, Schilling, aaO; a.A. Reuter, BB 1978, 1195 Fußn. 6.

2. Die Vollwertigkeit einer gegen eine GmbH
& Co. KG gerichteten Forderung

Etwas anders stellt sich die Rechtslage hingegen bei der GmbH & Co. KG dar, wenn keine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist ¹⁾. Seit Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 29.7.1976 (BGBl I S. 2034) ist nicht nur Zahlungsunfähigkeit, sondern auch die Überschuldung Konkursgrund. Damit erfolgt eine Angleichung an die Konkursgründe bei den Kapitalgesellschaften (vgl. § 63 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG), weil auch hier nicht auf das Vermögen einer natürlichen Person zurückgegriffen werden kann. Der Tatbestand einer Überschuldung liegt dann vor, wenn das Vermögen des Schuldners die Schulden nicht mehr deckt (§ 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG), oder, anders formuliert, die Passiva die Aktiva übersteigen ²⁾. Die Überschuldung ist hierbei durch eine spezielle Überschuldungsbilanz zu ermitteln, in der nur die echten Aktiv- und Passivwerte gegenüberzustellen sind ³⁾; auf der Passivseite sind also das Eigenkapital und die offenen Rücklagen als unechte Passivposten auszuscheiden ⁴⁾. Für die Frage der Vollwertigkeit einer gegen eine GmbH & Co. KG i.S. des § 209 Abs. 1 Satz 3 KO gerichteten Forderung folgt daraus, daß der Nominalbetrag auch dann nicht angesetzt werden kann, wenn die Passiva die Aktiva übersteigen.

-
- 1) Sie kann als die typische Form der GmbH & Co. KG angesehen werden.
 - 2) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 102 Rdn. 2; Uhlenbruck, GmbH & Co. KG, S. 75; Obermüller, DB 1973, 267 (269).
 - 3) Vgl. Einzelheiten bei Uhlenbruck, aaO, S. 79 ff.
 - 4) Kroppen, DB 1977, 663.

§ 4 Verkehrswertprinzip und Sanierungsbeitritt

I. Problemstellung

Die Aufgabe des Nennwertprinzips in den Fällen, in denen mit sog. Altforderungen aufgerechnet wird, kann zu erheblichen haftungsrechtlichen Konsequenzen für die Gläubiger führen, die dem Unternehmen zwecks Sanierung beigetreten sind. Scheitert die Sanierung, so müssen sie noch mit einer persönlichen Inanspruchnahme der Gesellschaftsgläubiger oder des Konkursverwalters rechnen. Denn gerade hier erfolgte die Aufrechnung zu einem Zeitpunkt, in dem sich das Unternehmen in einer wirtschaftlichen Notlage befand und in dem sich die gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung wegen bestehender Zahlungsunfähigkeit oder bei der GmbH & Co. KG ¹⁾ auch wegen Überschuldung nicht mehr vollwertig war. Eine haftungsbefreiende Aufrechnung zum Nennwert wird deshalb grundsätzlich nicht mehr in Betracht kommen. Der Forderung des beitretenden Gläubigers ist der objektive Wert ²⁾ im Zeitpunkt der Aufrechnung zugrunde zu legen, der im äußersten Fall mit Null anzusetzen ist.

Die Berücksichtigung von Sacheinlagegrundsätzen auf die Einlageleistung im Wege der Aufrechnung dürfte nun aber zur Folge haben, daß das Interesse der Gläubiger, notleidende Unternehmen durch Umwandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapital zu sanieren, erheblich schwinden wird. Da sie mit Ausschluß der Nennwertaufrechnung ihre Forderung

1) Falls keine natürliche Person persönlich haftet, vgl. S. 142; hiervon wird im folgenden als der typischen Form immer ausgegangen.

2) Bestimmbar nach der Höhe der voraussichtlichen Konkursquote.

nicht mehr als haftungsbefreiende Einlageleistung verwenden können, sind sie gezwungen, "zusätzliche" Leistungen in das Gesellschaftsvermögen zu erbringen, um sich von der beschränkt persönlichen Haftung zu befreien. Dies liefe im Ergebnis darauf hinaus, daß die Gläubiger dem schlechten Geld noch gutes Geld hinterherwerfen müßten. Mit einer derartigen Bereitschaft dürfte aber nur in Ausnahmefällen zu rechnen sein. Ein Ende von KG-Sanierungsgründungen wäre damit vorgezeichnet.

Unternehmenssanierungen sind aber im wirtschaftlichen Gesamtinteresse und im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft erwünscht. Die jährliche Zahl der Konkursverfahren hat sich von 1960 bis 1977 mehr als verdreifacht ¹⁾. Jeder einzelne Konkurs führt zu einer Zerschlagung von wirtschaftlichen Werten und zu Verlusten der ohnehin schon im Zuge der Rationalisierungsmaßnahmen immer knapper werdenden Arbeitsplätze. Statistisch überhaupt nicht erfaßt sind hierbei Schäden wie Massekosten und Masseschulden und Sozialansprüche wie Konkursausfallgeld oder Ansprüche aufgrund von ausgehandelten Sozialplänen. Jedes Verschwinden eines Unternehmens aus dem Wettbewerb kann zudem volkswirtschaftlich unerwünschte Konzentrationen zur Folge haben. Diese Umstände verdeutlichen, welche gesamtwirtschaftlichen Interessen hinter Sanierungsbemühungen stehen. Neuere Überlegungen gehen deshalb auch dahin, im Zusammenhang mit einer Reform des Konkursrechts vor allem bei Kapital- und Personengesellschaften Sanierungsversuche zwingend vorzuschreiben ²⁾.

1) Von 2689 auf 9444; allein in den Jahren 1978 und 1979 läßt sich konjunkturbedingt ein leichter Rückgang (auf 8639 bzw. 8253) verzeichnen, vgl. Stat. Jhrb. 1979, S. 129.

2) Vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, Vorb. S. 13; Gerhardt in Festschrift Weber, S. 181 (186 f.); Knieper, BB 1977, 622 (627); siehe auch Hanisch, S. 265; ders. in ZZP 1977, 31.

Eine Unternehmenssanierung liegt auch im Interesse der Gläubiger. In den Jahren 1978 und 1979 wurden über 73 % der Anträge auf Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels Masse abgelehnt, weitere Verfahren nach Durchführung von Aus- und Absonderungen mangels Masse wieder eingestellt ¹⁾. Die Deckungsquote nicht bevorrechtigter Forderungen schwankt zwischen 3 und 4 %, die der bevorrechtigten Forderungen liegt durchschnittlich etwas über 30 %."Durch den Konkurs werden also zuerst die Gläubiger, nicht dagegen die Schuldner bestraft" ²⁾. Besonders benachteiligt sind hierbei die sog. kleinen Gläubiger, die für ihre Forderungen nicht wie Kreditinstitute und Warenlieferanten Sicherheiten erhalten können ³⁾.

Der Schutz der Neugläubiger einer Kommanditgesellschaft, der die Aufgabe des Nennwertprinzips bei Aufrechnung des Kommanditisten mit Altforderungen erforderte, und gesamtwirtschaftliche Interessen an Sanierungsgründungen scheinen damit in einem unlösbaren Konflikt zu stehen. Dies führt zu der Überlegung, ob nicht nach neuen Wegen gesucht werden muß, die einmal die schutzwürdigen Belange dieser Gläubiger berücksichtigen, zum anderen aber auch die haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung anlässlich von Sanierungsgründungen zulassen. Obwohl sich das Problem sehr häufig stellen wird, wenn das Unternehmen nach mißglücktem Sanierungsversuch in Konkurs fällt, spricht vieles für eine gesellschaftsrechtliche und nicht eine konkursrechtliche Lösung. Mangels fehlender subjektiver Merkmale dürften §§ 30, 31 KO auf Sanierungsgründungen nicht anzuwenden sein. De lege ferenda wird sich im Konkursrecht aber auch nur

1) 1978: von 8639 abgelehnt 6411; 1979: von 8253 abgelehnt 6047, vgl. Stat. Jhrb. 1979, S. 129.

2) Vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, aaO, S. 8.

3) Nach einer Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und inländisches Privatrecht sollen im Schnitt rund 90 % des Aktivvermögens zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung mit Aus- und Absonderungsrechten belegt sein, vgl. Doebling, KTS 1977, 146 (150).

schwerlich eine Regelung einfügen lassen, die nicht mehr auf subjektive Voraussetzungen abstellt. Zudem bietet ein gesellschaftsrechtlicher Ansatzpunkt den Vorteil, derartige Fälle auch lösen zu können, wenn kein Konkursantrag (§ 103 Abs. 1 KO) gestellt wurde oder eine Einstellung des Verfahrens nach § 204 KO erfolgt ist ¹⁾.

Zuvor bleibt allerdings noch der Nachweis zu führen, daß überhaupt eine Umwandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapital durch Gläubigerbeitritt und Forderungsverrechnung geeignet sein kann, die wirtschaftliche Krise des Unternehmens in Form bestehender Zahlungsunfähigkeit oder bei der GmbH & Co. KG auch der Überschuldung zu beseitigen. Denn anderenfalls würde ein derartiger Sanierungsbeitritt nur einen Sanierungszweck vorgeben, in Wahrheit aber allein den wirtschaftlichen Interessen des Beitretenden dienen. Das Verkehrswertprinzip würde dann auch in Sanierungsfällen seine volle Berechtigung behalten.

II. Die Funktion der Kommanditistenaufrechnung als Sanierungsinstrument

Die Vollwertigkeit einer Forderung ist somit zu verneinen, wenn sich die KG als zahlungsunfähig erweist, oder aber bei der GmbH & Co. KG alternativ auch der Tatbestand der Überschuldung gegeben ist. Daraus ergibt sich als Anforderung an die Kommanditistenaufrechnung als Sanierungsinstrument, daß hierdurch der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit, bei der GmbH & Co. KG auch die Überschuldung beseitigt wird.

1) Vgl. auch den Fall in BGHZ 61, 59 ff., in dem der Haffteinlageanspruch gegen die Sanierungsgläubiger nicht vom Konkursverwalter nach § 171 Abs. 2 eingeklagt wurde.

1. Die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

Soll eine bestehende Zahlungsunfähigkeit beseitigt werden, so geht es entscheidend um eine Verbesserung des Liquiditätsstatus der Gesellschaft. Erreicht werden kann dies einmal dadurch, daß der Kommanditgesellschaft Zahlungsmittel zugeführt werden. Zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit kann aber auch beitragen, wenn Gesellschaftsverbindlichkeiten erlassen oder in Eigenkapital umgewandelt werden, und sich hierdurch die fälligen Zahlungsverpflichtungen der Gesellschaft verringern. Denn die Liquidität ist eine Funktion des gesamten Ein- und Auszahlungsstromes der Gesellschaft ¹⁾. Der Begriff der Liquidität umfaßt hierbei auch die Möglichkeiten einer Kapitalbeschaffung auf dem Kreditmarkt ²⁾.

Betrachtet man nun unter diesem Aspekt den Beitritt eines Gesellschaftsgläubigers mit anschließender Forderungsverrechnung, so läßt sich mit Sicherheit sagen, daß hierdurch noch kein Liquiditätszufluß in die Gesellschaft erfolgt. Denn im Gegensatz zu einer Bareinlage werden bei einer Einlageleistung mittels Aufrechnung keine Zahlungsmittel zugeführt. Jedoch kann die sich durch die Aufrechnung ergebende Umwandlung einer Verbindlichkeit in Eigenkapital der Gesellschaft die fälligen Zahlungsverpflichtungen verringern. Denn die Verbindlichkeit des als Kommanditisten beitretenden Gläubigers fällt weg. Sie ist nicht mehr in der Summe der Zahlungsverpflichtungen zu berücksichtigen. Die hierdurch freigewordenen

1) Leffson, Bilanzanalyse, S. 30 ff.

2) Leffson, aaO.

Mittel stehen damit zur Befriedigung anderer Gläubigerforderungen zur Verfügung. Unmittelbar ist die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit durch Sanierungsbeitritt allerdings nur erreichbar, wenn es sich bei der Forderung des der Gesellschaft beitretenen Gläubigers um eine Verbindlichkeit kurzfristiger Art handelt. Denn nur dann kann diese Umwandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapital zu einer Verbesserung der Liquidität ersten Grades ¹⁾ führen und damit die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft wiederherstellen. Praktisch bedeutsam dürfte aber vor allem der mittelbare Liquiditätseffekt sein. Durch Stärkung der Eigenkapitaldecke ergeben sich erhöhte Kreditbeschaffungsmöglichkeiten. Auch hierdurch kann die Gesellschaft wieder in die Lage versetzt werden, ihre fälligen Geldschulden zu begleichen. Sanierungsbeitritt und Forderungsverrechnung sind deshalb taugliche Mittel zur Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens.

2. Die Beseitigung der Überschuldung

Die Frage einer Beseitigung eines Überschuldungsstatus durch Kommanditistenaufrechnung kann nur bei der GmbH & Co. KG Bedeutung haben. Denn hier kann auch eine Überschuldung des Unternehmens Konkursgrund und damit Anlaß für eine Bewertung der Forderung unter ihrem Nominalwert sein. Dies gilt allerdings nur, wenn keine natürliche Person haftet.

Die Wirkung eines Sanierungsbeitritts in eine überschuldete GmbH & Co. KG soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden. Phase I zeigt hierbei

1) Sie errechnet sich aus einer Gegenüberstellung der Zahlungsmittel (Kasse und Bankguthaben) mit den kurz- und mittelfristigen Fremdmitteln, vgl. Großfeld, S. 291.

die Überschuldungsbilanz, Phase II die Bilanz nach Eintritt des Gläubigers als Kommanditist und Phase III das Ergebnis nach gegenseitiger Forderungsverrechnung.

Phase I: Überschuldungsbilanz

<u>Aktiva</u>		<u>Passiva</u>		
I.	Anlagevermögen	500 000,-	I. Kapital	
II.	Umlaufvermögen	<u>200 000,-</u>	1. Komplementär-GmbH	20 000,-
		700 000,-	2. Kommanditeinlagen	<u>100 000,-</u>
				120 000,-
Überschuldungsstatus	300 000,-		II. Verbindlichkeiten	
	<u>1 000 000,-</u>		1. Gläubiger S	400 000,-
			2. übrige Gl.	<u>600 000,-</u>
				1 000 000,-

Der Überschuldungsstatus der GmbH & Co. KG beträgt 300 000,- DM. Das Eigenkapital war hierbei als unechter Passivposten nicht zu berücksichtigen ¹⁾.

Phase II: Bilanz nach Eintritt des S als Kommanditist

<u>Aktiva</u>		<u>Passiva</u>		
I.	Anlagevermögen	I.	Kapital	
1.	Einlageforderung S	400 000,-	1. Komplementär-GmbH	20 000,-
2.	Sonstiges Anlagevermögen	500 000,-	2. Kommanditeinlagen	
			a) Kommanditist S	400 000,-
			b) übrige Kommanditisten	<u>100 000,-</u>
				520 000,-
II.	Umlaufvermögen	200 000,-	II.	Verbindlichkeiten
			1. Gläubiger S	400 000,-
			2. übrige Gl.	<u>600 000,-</u>
				1 000 000,-
			Überschuß d. Aktiva	<u>100 000,-</u>
				1 100 000,-

1) Vgl. o. S. 142.

Der Beitritt des Gläubigers S mit einer Einlage von 400 000,- DM hat die Überschuldung der Kommanditgesellschaft beseitigt. Es ergibt sich bereits ein Überschuß der Aktiva über die Passiva in Höhe von 100 000,- DM.

Phase III: Bilanz nach Beitritt und Forderungs-
verrechnung

<u>Aktiva</u>		<u>Passiva</u>	
I. Anlage- vermögen	500 000,-	I. Kapital	
II. Umlauf- vermögen	200 000,-	1. Komplementär- GmbH	20 000,-
		2. Kommandit- einlagen	
		a) Kommandi- tist S	400 000,-
		b) übrige Kom- manditisten	<u>100 000,-</u>
			520 000,-
		II. Verbindlich- keiten	<u>600 000,-</u>
			600 000,-
		Überschuß der Aktiva	<u>100 000,-</u>
	<u>700 000,-</u>		700 000,-

Der Kommanditist S hat mit seiner Forderung gegen die Einlageforderung zum Nennwert aufgerechnet. Deshalb erscheinen die Bilanzpositionen "Rückständige Kommanditeinlage" und "Verbindlichkeit Gläubiger S" nicht mehr in der Bilanz.

Im Ergebnis läßt sich damit feststellen, daß ein Sanierungsbeitritt eines Gläubigers unter haftungsbefreiender Nennwertaufrechnung auch geeignet ist, den Überschuldungsstatus einer GmbH & Co. KG zu beseitigen.

3. Fazit und Ausblick

Stellt sich damit der Beitritt eines Gläubigers als Kommanditist mit anschließender Forderungsverrechnung als geeignetes Instrument der Beseitigung von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung eines Unternehmens dar, so bewahrheitet sich die Befürchtung, daß die Aufgabe des Nennwertprinzips bei Aufrechnung mit sog. Altforderungen zu dem gesamtwirtschaftlich nicht erwünschten Effekt führt, Sanierungen durch Gründung einer Kommanditgesellschaft oder durch Beitritt eines Gläubigers in eine bereits bestehende Kommanditgesellschaft zu erschweren, wenn nicht sogar völlig auszuschließen. Denn die Gläubiger eines sich in einer wirtschaftlichen Krise befindlichen Unternehmens werden mit Sicherheit davon Abstand nehmen, als Kommanditisten einzutreten, wenn ihnen eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung verwehrt ist. Zu groß ist für sie das Risiko, im Fall des Scheiterns der Sanierung in Höhe der im Handelsregister eingetragenen Einlage persönlich haften zu müssen. Gerade die Umwandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapital wird häufig wesentliches Element eines Gesamtsanierungskonzepts sein, auf deren Grundlage sich eine größere Vergleichsbereitschaft aller Gläubiger und ein Stillhalten der Kreditinstitute ergibt.

Angesichts dieses Interessenkonflikts erscheint es unumgänglich, hier nach neuen Lösungsmöglichkeiten zu suchen. Ein richtig verstandener Gläubigerschutz im Recht der KG darf nicht mit den skizzierten negativen gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen gekoppelt sein. Worum es geht, ist die Beseitigung dieser Alternative. Möglichkeiten hierzu sind de lege lata oder de lege ferenda vorgegeben.

III. Problemlösung

1. Grundsätzlicher Ansatzpunkt

Wenn es richtig ist, daß sich das Verkehrswertprinzip als entscheidender Hinderungsgrund für Unternehmenssanierungen durch Gläubigerbeitritt erweist, so liegt es nahe, nach einer Lösung zu suchen, die eine Nennwertaufrechnung zuläßt, andererseits aber den Schutz der Neugläubiger nicht unterläßt. Denn der Schutz dieser Gläubiger, die auf die Neueintragung bzw. die Erhöhung des Kommanditkapitals im Handelsregister vertrauen, führte entscheidend zur Aufgabe des Nennwertprinzips. Hat man aber einmal erkannt, daß der Gläubigerschutz von der im Handelsregister beurkundeten Garantieerklärung des Kommanditisten abhängt, so drängt sich der Gedanke auf, ob nicht durch eine erhöhte Information des Handelsregisters der bestehende Gläubigerschutz durch Haftung vermindert werden kann. Denn genaugenommen stellt sich der Gläubigerschutz im Recht der Personen- und Kapitalgesellschaften als nichts anderes als die Summe von Publizität und Haftung dar. Zwischen der Information insbesondere des Handelsregisters und der Haftung der Gesellschafter besteht ein Substitutionsverhältnis ¹⁾. Mit steigendem Umfang der Publizität schwindet das Bedürfnis nach Gläubigerschutz durch Haftung ²⁾. Bei der Kommanditgesellschaft wird zwar im Vergleich zur Aktiengesellschaft die Publizität vernachlässigt und die Haftung betont ³⁾. Im Recht der KG hängt aber der Gläubigerschutz auch entscheidend von der Aussage des Handelsregisters

1) Vgl. Luckan/Schacht, DB 1970, 1449 (1451), die die grundsätzlichen Auswirkungen von Publizität und Haftung gegenüber Kreditgebern untersuchen.

2) Luckan/Schacht, aaO.

3) Vgl. etwa §§ 148 ff. AktG zur Rechnungslegung bei der Aktiengesellschaft.

ab. Denn die Haftung des Kommanditisten wird grundsätzlich durch den im Handelsregister ausgewiesenen Betrag bestimmt (§ 172 Abs. 1). Der Gedanke einer Publizitätserhöhung zwecks Abbau des Gläubigerschutzes durch Haftung erweist sich deshalb nicht von vornherein als unvereinbar mit den Strukturelementen der Kommanditgesellschaft.

Auf vorstehendes Problem bezogen kann deshalb für eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung dann Raum bleiben, wenn durch Substitution des durch die Nennwertaufrechnung hervorgerufenen Gläubigerschutzdefizits mittels erhöhter Information im Handelsregister ein Ausgleich geschaffen wird. Wird den Gesellschaftsgläubigern hierdurch bekannt, daß die Aufnahme eines neuen Kommanditisten zum Zwecke der Sanierung erfolgte und die Einlage durch Forderungsaufrechnung zum Nennwert geleistet wurde, so sind die Bedenken gegen das Nennwertprinzip ausgeräumt. Es läßt sich dann nicht mehr davon sprechen, daß die Sanierung auf Kosten und Risiko der Neugläubiger durchgeführt wird. Denn sie können sich in ihren Dispositionen darauf einstellen, daß der Kommanditistenbeitritt zu keinem Liquiditätszufluß der Gesellschaft geführt hat.

Kritiker werden dem zunächst entgegenhalten, daß gerade die zusätzliche Information "Sanierungsbeitritt" oder "Sanierungsgründung" den Sanierungserfolg in Frage stellt, da die Gläubiger in Kenntnis der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft von weiteren Geschäften absehen werden. Widerlegt wird dies aber durch Erfahrungen, die im Bereich großer Publikumsgesellschaften gemacht worden sind, wo Sanierungspläne ausführlich der Öffentlichkeit

vorgelegt wurden ¹⁾. Vielfach wird hierin das Ende einer Talfahrt und der Beginn der wirtschaftlichen Gesundung des Unternehmens gesehen. Zudem werden die Geschäftspartner ihre Entscheidung nicht allein von der Höhe des Kommanditkapitals abhängig machen, sei es, daß sie sich durch Lieferung unter Eigentumsvorbehalt oder anderweitig sichern, sei es, daß sie allein auf die Bonität des persönlich haftenden Gesellschafters vertrauen. Die Gründe für eine Fortsetzung der geschäftlichen Beziehungen oder ein Neuengagement können hierbei von Branche zu Branche und von Unternehmen zu Unternehmen sehr unterschiedlicher Natur sein. Die Neugläubiger müssen diese Entscheidungen aber in Kenntnis des vollen Risikos treffen können.

Worum es letztlich geht, ist den Unternehmen die Chance einer Sanierung zu erhalten, die vielleicht aufgrund konjunktureller oder saisonaler Einflüsse in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind, und bei denen durch Umwandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapital in Form eines Gläubigerbeitritts als Kommanditist die Möglichkeit einer Sanierung besteht. Denn der Versuch einer Sanierung sollte im gesamtwirtschaftlichen Interesse Vorrang vor einer Zerschlagung des Unternehmens im Konkurs haben. Deswegen gilt es, alles daran zu setzen, optimale Voraussetzungen für die Sanierung von Unternehmen zu schaffen.

Mißt man deshalb der Beibehaltung des Nennwertprinzips in Sanierungsfällen entscheidende Bedeutung zu, so muß die im Handelsregister beurkundete

1) Vgl. in neuerer Zeit bspw. Neckermann und AEG.

Garantieerklärung des Kommanditisten entsprechend modifiziert werden. Dies könnte durch einen Vermerk geschehen, der Eintritt des Kommanditisten erfolge zum Zweck der Unternehmenssanierung unter Forderungsverrechnung zum Nennwert. Damit wird verdeutlicht, daß der Beitritt nicht zu einer Erhöhung des Haftungspotentials geführt hat, sondern eine Umwandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapital erfolgt ist. Der zusätzliche Hinweis auf die Art der haftungsbefreienden Einlageleistung, nämlich Geldeinlage durch Forderungsaufrechnung zum Nennwert, stellt klar, daß anlässlich von Sanierungen nicht generell auf das Erfordernis objektiver Bewertung der Einlageleistung im Zeitpunkt des Vermögenszuflusses verzichtet wird. So unterliegen dann nicht etwa Sacheinlagen der subjektiven Bewertung der Gesellschafter. Ein Privileg kann es nur für die Einlageleistung durch Aufrechnung geben. Denn hier hat der Surrogationsgedanke schon dafür gesorgt, daß der Gesellschaft objektiv ein Vermögensbetrag in Höhe des Forderungsnennbetrags zugeflossen ist. Um diesen Betrag ist das Vermögen des Kommanditisten, allerdings vor seinem Beitritt, geschmälert worden. Die Zulassung haftungsbefreiender Nennwertaufrechnung führt also nicht etwa zu einer Haftungsbefreiung ohne Vermögensopfer. Sie erlaubt nur eine Anrechnung der vor dem Beitritt des Kommanditisten in das Gesellschaftsvermögen erbrachten Leistung, da Gläubigerinteressen nicht mehr entgegenstehen. Man würde den vorgeschlagenen Lösungsweg also völlig mißverstehen, wollte man annehmen, hier würde ein Modell der Haftungsbefreiung ohne Leistung aufgezeigt.

Fehlt es an einer entsprechenden Eintragung im Handelsregister, so bleibt es dabei, daß Forderungen im Aufrechnungszeitpunkt nur zu ihrem Verkehrswert gegenübergestellt werden können.

Es wird nicht verkannt, daß mit vorstehender Lösung Neuland betreten wird. Bei aller Kritik sollte aber berücksichtigt werden, daß der hier aufgezeigte Weg gegenüber der herrschenden Auffassung, die eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung bedenkenlos auch anlässlich von Sanierungsbeitritten zuläßt ¹⁾, den entscheidenden Vorteil besitzt, den im Recht der Kommanditgesellschaft statuierten Gläubigerschutz nicht zu vernachlässigen.

2. Verwirklichung de lege lata

Bei dem Versuch, vorstehende Lösung de lege lata zu verwirklichen, sieht man sich zunächst dem Problem der Eintragungsfähigkeit eines Sanierungsvermerks im Handelsregister gegenüber. Die Aufgabe des Handelsregisters besteht nämlich nicht darin, sämtliche Rechtsverhältnisse der Kaufleute und der Handelsgesellschaften offenzulegen ²⁾. Anderenfalls würde das Register unübersichtlich und könnte seine ihm zugewiesene Funktion nicht mehr erfüllen. Der Kreis der im Handelsregister eintragungsfähigen Tatsachen ist im Gesetz abschließend geregelt; nur solche Eintragungen sind möglich, die das Gesetz ausdrücklich anordnet oder zuläßt ³⁾. Eine Ausnahme wird allerdings immer dann gemacht, wenn auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung Sinn und Zweck

1) Vgl. etwa Weipert in HGB-RGRK, § 171 Anm. 13.

2) Schlegelberger-Hildebrandt, HGB, § 8 Anm. 16.

3) Schlegelberger-Hildebrandt, aaO; Papst, DNotZ 1957, 393; BayObLG NJW 1971, 810.

des Handelsregisters die Eintragung erfordern ¹⁾. So sollen auch andere Tatsachen eingetragen werden können, deren Eintragung im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs geboten ist ²⁾.

Als richtungsweisend ist eine Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen des Reichsgerichts v. 30.9. 1944 ³⁾ anzusehen. In diesem Beschluß wurde die Eintragung einer Veränderung im Gesellschafterbestand über den Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften hinaus auch auf die der Veränderung zugrunde liegenden Rechtsvorgänge für zulässig erachtet. Im einzelnen ging es um die Frage, ob bei einem Kommanditistenwechsel durch Gesamtrechtsnachfolge, - im Wege der Erbfolge oder der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, wobei die Kapitalgesellschaft Kommanditist einer (anderen) Kommanditgesellschaft ist - ⁴⁾ ein entsprechender Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister eingetragen werden kann. Der Große Senat bejahte dies aus der Erwägung heraus, daß anderenfalls aufgrund der Eintragung im Handelsregister der Eindruck entstehe, als wäre der Eintritt des neuen Kommanditisten unabhängig von dem Ausscheiden des alten Kommanditisten erfolgt. Es würde dann hieraus entgegen der tatsächlichen Sach- und Rechtslage gefolgert, daß "die Haftung des Ausgeschiedenen mit der sich aus § 159 ergebenden Maßgabe fortduere und der Neueingetretene gemäß § 173 selbständig hafte" ⁵⁾. Da sich der Anschein

1) Vgl. nur Baumbach-Duden, § 8 Anm. 3.

2) Keidel/Schmalz/Stöber, Registerrecht, S. 12, Fußn. 84.

3) Abgedruckt in WM 1964, 1131 ff.

4) Vgl. GZS WM 1964, 1131 (1132); Weipert in HGB-RGRK, § 173 Anm. 20; Schilling in Großkomm. HGB, § 173 Anm. 21.

5) GZS WM 1964, 1131 (1132).

doppelter Haftung aber nicht nur in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge ergibt, sondern auch dann, wenn ein Kommanditistenwechsel im Wege der Einzelrechtsnachfolge durch Veräußerung des Kommanditanteils ¹⁾ erfolgt, ist auch hier die Eintragung eines Sonderrechtsnachfolgevermerks als gerechtfertigt angesehen worden ²⁾. Die Sonderrechtsnachfolge unterscheidet sich von dem voneinander unabhängigen Eintritt und Austritt dadurch, daß sich jeder Kommanditist auf die Haftungsbefreiung des anderen berufen kann, im Ergebnis also kein doppeltes Haftungspotential vorhanden ist.

Die Entscheidung des Großen Senats entspricht heute allgemeiner Auffassung und Rechtspraxis ³⁾. Fehlt ein entsprechender Rechtsnachfolgevermerk ⁴⁾, so müssen sich der ausgeschiedene und der eingetragene Kommanditist nach § 15 Abs. 2 so behandeln lassen, wie wenn es sich um zwei selbständige Beteiligungen handelt. Zwar können die Gläubiger gegenüber dem Ausgeschiedenen nicht geltend machen, daß die Umbuchung des Kapitalanteils auf den Neueintretenden eine Rückzahlung der Einlage an den Ausgeschiedenen sei; denn hierdurch wird der Gesellschaft noch kein Gesellschaftsvermögen entzogen ⁵⁾. Der eintre-

- 1) Der Grundsatz der Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft im Recht der Personengesellschaft (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2, § 717 BGB) ist nachgiebiges Recht, vgl. nur Schilling in Grobkomm. HGB, § 173 Anm. 22.
- 2) GZS in WM 1964, 1131 (1133); zusätzlich wird zwecks Nachprüfung die Versicherung verlangt, daß der auscheidende Gesellschafter von der Gesellschaft keinerlei Abfindung erhalten hat.
- 3) Vgl. OLG Köln, DNotZ 1953, 435; LG Frankfurt, NJW 1968, 2114; Weipert in HGB-RGRK, § 173 Anm. 24; Schilling aaO, § 173 Anm. 17, 26; Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, S. 128 Rz. 288.
- 4) Die Eintragung erfolgt in Spalte 5 des Handelsregisters, vgl. Keidel/Schmatz/Stöber, aaO, S. 144, Rz. 322.
- 5) Vgl. Schilling, aaO, § 173 Anm. 27; Weipert, aaO, § 173 Anm. 24 (S. 667).

tende Kommanditist ist aber zwecks Ausschluß seiner persönlichen Haftung verpflichtet, eine Einlageleistung vorzunehmen, und zwar unabhängig davon, ob eine Rückzahlung an den Ausgeschiedenen erfolgt ist.

Wenn hier trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift die Eintragung eines Nachfolgevermerks für zulässig und notwendig erachtet wird, kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß sich die Registerführung dem sachlichen Recht anzupassen hat ¹⁾. Dem materiellen Recht wird Priorität gegenüber dem formellen Recht eingeräumt.

Wendet man vorstehende Überlegungen auf die Frage einer Eintragungsfähigkeit eines Sanierungsvermerks im Handelsregister an, so läßt sich eine gewisse Parallele nicht leugnen. Denn wie bei der Eintragung eines Gesamt- oder Sondernachfolgevermerks geht es auch hier darum, die dem Kommanditistenbeitritt zugrunde liegenden besonderen Umstände zu verlautbaren, indem auf die Besonderheit der Unternehmenssanierung hingewiesen wird. Der Zusatzvermerk steht ebenfalls in engem Zusammenhang mit dem "Beitritt" als einer vom Gesetz als eintragungspflichtig deklarierten Tatsache.

Darüber hinaus besteht ein sachliches Bedürfnis für eine auf die Sanierung hindeutende Eintragung. Es liegt im Interesse der Gesamtwirtschaft und der Gläubiger, daß Sanierungsbeitritte erfolgen. Rechtssicherheit und Gläubigerschutz gebieten aber, eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung, die erst die Voraussetzung für einen Sanierungsbeitritt schafft, nur zuzulassen, wenn den Gläubigern durch entsprechende Eintragung im Handelsregister die Möglich-

1) Vgl. Schilling, aaO; Weipert, aaO.

keit der Kenntnisnahme gegeben wird. Das Registerrecht hat sich dementsprechend auch hier dem sachlichen Recht anzupassen, da Fragen des Gläubigerschutzes unmittelbar betroffen werden.

Die Eintragung des entsprechenden Vermerks kann in Spalte 5 oder in der Bemerkungsspalte erfolgen. Die Eintragung könnte etwa lauten: "Im Wege des Sanierungsbeitritts ist Gläubiger X mit einer Einlage von DM Y eingetreten". In der Bemerkungsspalte sollte zusätzlich darauf hingewiesen werden, daß die Geldeinlage im Wege der Aufrechnung zum Nennwert erfolgt ¹⁾.

Der Weg einer haftungsbefreienden Nennwertaufrechnung in Sanierungsfällen ohne Vernachlässigung des Gläubigerschutzes läßt sich damit de lege lata verwirklichen.

3. Verwirklichung de lege ferenda

Wollte man aber entgegen der hier vertretenen Auffassung die Eintragung eines Sanierungsvermerks als unvereinbar mit dem geltenden Recht ansehen, so gilt es, den Gedanken haftungsbefreiender Nennwertaufrechnung in Sanierungsfällen de lege ferenda zu realisieren. Vorzuschlagen ist die Einfügung eines Absatzes 7 in § 172 mit folgendem Wortlaut:

"Die Einlage eines Kommanditisten gilt auch dann als geleistet, wenn sie der Beseitigung eines Konkursgrundes i.S. der konkursrechtlichen Vorschriften dient, und die Geldeinlage durch Aufrechnung mit einer Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft erfolgt. Dies gilt nicht, wenn von der Eintragung

1) Auf diesen zusätzlichen Hinweis könnte aber nach einer gewissen Rechtspraxis verzichtet werden.

eines auf die Sanierung hinweisenden Zusatzes im Handelsregister abgesehen wird".

Mit dieser Gesetzesänderung sind etwa bestehende Bedenken gegen die Eintragungsfähigkeit eines auf die Sanierung hindeutenden Vermerks im Handelsregister ausgeräumt. Denn das Gesetz sieht nunmehr ausdrücklich die Eintragung eines entsprechenden Hinweises im Register vor. Eine Ergänzung des § 172 bietet sich insbesondere im Zusammenhang mit einer Novellierung der Konkursordnung an, deren Aufgabe es sein wird, insgesamt den Gedanken einer Unternehmenssanierung stärker in den Vordergrund zu stellen ¹⁾.

1) Vgl. hierzu Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, Vorb., S. 8.

Zusammenfassung

Die Nennwertaufrechnung kann auch unter Berücksichtigung des Surrogationsgedankens und des Prinzips der originären Forderungsentstehung nicht generell aufrecht erhalten werden. Sie ist in den Fällen, in denen der Kommanditist mit Altforderungen gegen die Einlageforderung aufrechnet, unvereinbar mit der im Handelsregister beurkundeten Garantieerklärung des Kommanditisten. Der Schutz der Gläubiger beruht hierbei nicht auf einer Übertragung von kapitalgesellschaftlichen Kapitalgarantiegrundsätzen auf die KG, sondern ist in dem Haftungskonzept der Kommanditgesellschaft selbst angelegt. Da das Handelsregister die Kommanditeinlagen einer neu gegründeten oder erweiterten Gesellschaft ausweist, können die Gesellschaftsgläubiger darauf vertrauen, daß ein entsprechendes Haftungspotential im Zeitpunkt des Beitritts des Eintretenden zur Verfügung gestanden hat und nicht durch Verrechnung mit früheren Leistungen aufgezehrt worden ist.

Aufgrund des in §§ 28, 173 zum Ausdruck kommenden Gedankens einer gesellschaftsrechtlichen Solidarhaftung aller Gesellschafter sind auch die Altgläubiger in diesen Schutz einzubeziehen, obwohl sie im Zeitpunkt ihrer Forderungsbegründung nicht mit dem Haftungspotential des als Gläubiger beitretenden Kommanditisten rechnen konnten.

Vorstehende Grundsätze bestehen unabhängig davon, ob der Gläubiger als Kommanditist in eine bereits bestehende Kommanditgesellschaft eintritt, oder

infolge des Beitritts eine Umwandlung einer gesellschaftsrechtlichen Organisationsform in eine andere Organisationsform ausgelöst wird. Damit wird insbesondere die unsachgemäße Differenzierung zwischen Neugründung und Erweiterung einer Kommanditgesellschaft vermieden.

Die Aufgabe des Nennwertprinzips bei Aufrechnung mit Altforderungen wirkt sich zwar anlässlich von Sanierungsbeitritten von Gesellschaftsgläubigern negativ aus, da die Gläubiger nicht bereit sein werden, einem vor dem Konkurs stehenden Unternehmen als Kommanditisten beizutreten, wenn sie nur durch zusätzliche Leistungen ihre beschränkt persönliche Haftung ausschließen können, ihnen also eine haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung mit Gegenforderungen verwehrt ist. Der scheinbar unlösbare Konflikt zwischen dem Gläubigerschutz und den gesamtwirtschaftlichen Interessen lässt sich aber durch Eintragung eines Sanierungsvermerks im Handelsregister beseitigen. Danach bleibt in Sanierungsfällen ausnahmsweise die Möglichkeit haftungsbefreiender Einlageleistung durch Aufrechnung mit Altforderungen zum Nennwert bestehen, wenn durch die erhöhte Information im Register der Gläubigerschutz durch Haftung ersetzt wird. Die Eintragung eines Sanierungsvermerks lässt sich *de lege lata*, jedenfalls *de lege ferenda* verwirklichen.

Indem der Geltungsbereich des Nennwertprinzips und des Verkehrswertprinzips insgesamt eindeutig abgegrenzt ist, da nur noch zwischen der Aufrechnung mit sog. Altforderungen und mit erst in der Kommanditgesellschaft selbst entstandenen Forderungen zu unterschieden werden braucht, dürfte damit zu einer Beseitigung der bestehenden Rechtsunsicherheiten im Bereich der Einlageleistung durch Aufrechnung beitragen werden.

Lebenslauf

Ich wurde am 19.06.1949 als Sohn des Bankangestellten Richard Müßigbrodt und seiner Ehefrau Martha, geborene Zimmer, in Moers geboren.

Nach dem Abitur im Jahr 1968 am altsprachlichen Ratsgymnasium in Osnabrück absolvierte ich eine Banklehre bei der Dresdner Bank AG, die ich im Januar 1971 mit der Kaufmannsgehilfenprüfung abschloß.

Im Sommersemester 1971 begann ich ein Studium der Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Das wirtschaftswissenschaftliche Vordiplom bestand ich im März 1973. Die Erste Juristische Staatsprüfung legte ich im Januar 1976 ab.

Im Februar 1976 begann ich meine Referendarzeit in Osnabrück. Die Zweite Juristische Staatsprüfung bestand ich im Mai 1978 vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes in Hannover.

Seit Juni 1978 bin ich als Assistent an der Universität Münster tätig.

It is a great pleasure to me to hear of your success in your studies and to know that you are making progress in your knowledge of the world.

I am sure that you will continue to make progress and that you will be able to do all that you wish to do in the future.

I am sure that you will be able to do all that you wish to do in the future and that you will be able to do all that you wish to do in the future.

I am sure that you will be able to do all that you wish to do in the future and that you will be able to do all that you wish to do in the future.

I am sure that you will be able to do all that you wish to do in the future and that you will be able to do all that you wish to do in the future.

